Des conditions
d'existence et de validité
de la novation
en droit romain

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX

PAR

Pierre NÈGRE
Licencié en droit

AIX-EN-PROVENCE
IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE DE PROVENCE
5, Rue Emeric-David, 5

1925

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549809_0036

Des Conditions d'Existence et de Validité de la Novation en Droit Romain

Des conditions
d'existence et de validité
de la novation
en droit romain

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX

PAR

Pierre NÈGRE

Licencié en droit

AIX-EN-PROVENCE
IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE DE PROVENCE
5, Rue Emeric-David, 5

1925

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A MON PÈRE — A MA MÈRE

A MES ONCLES

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Personnel

MM.

MOREAU, ✻, ✠ I., ✠, Doyen, Professeur de Droit Administratif.
VERMOND, ✻, ✠ I., ✠, Professeur de Droit Romain.
BONNECARRÈRE, ✠ I., Professeur de Droit Commercial.
RAYNAUD, ✠ I., Professeur d'Economie Politique.
DUMAS, ✠ I., Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.
SAUVAIRE-JOURDAN, ✠ I., ✠, Professeur d'Economie Politique.
BRY, ✠, ✠ A., ✠, Professeur de Droit Romain.
SEGUR, ✠ A., Professeur de Droit international public.
CRÉMIEU, ✠, ✠ A., ✠, Professeur de Droit Civil.
AULAGNON, ✠, Agrégé.
AUDINET, ✠, Chargé de cours.
BRETHE, Chargé de cours.
LEBRET, ✠, Chargé de cours.

PROFESSEURS HONORAIRES

RIPERT, ✻, ✠ I., Professeur à la Faculté de Droit de Paris.
AUDINET, ✠ I., Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers.
JOURDAN, ✻, ✠ I., Professeur à la Faculté de Droit d'Aix.
M. TERLIER, ✠ I., Secrétaire.

Jury

MM. BRY, *Président.*
VERMOND, *Assesseur.*
LEBRET, *Assesseur.*

L'Université et la Faculté n'entendent donner aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La découverte du manuscrit de Gaius à la bibliothèque de Vérone et les savants travaux de Salpius, de Merkel et de Gide ont remis en question, dans le courant du XIX° siècle, toute la théorie de la novation romaine. Etudier son origine et son utilité, exposer ses caractères juridiques et définir ses effets, enfin la comparer à une institution analogue du droit contemporain, tel a été le but que, d'une façon générale, se sont proposé les commentateurs modernes. La question, qui a cependant donné lieu aux controverses les plus étendues et aux doctrines les plus contradictoires, est sans contredit celle des conditions d'existence et de validité de la novation ; sur ce point, les opinions des auteurs varient à l'infini et ont donné naissance à des systèmes si différents que l'on est en droit de se demander si toute tentative de conciliation entre eux n'est pas vouée d'avance à un échec certain.

Les difficultés que soulève l'étude de la novation et les contradictions des textes ne sont d'ailleurs pas étrangères aux divergences de la doctrine ; nous ne sommes pas ici dans une de ces matières qui, comme la vente ou le louage, se suffisent à elles-mêmes et dont la simple énonciation des règles, aux différentes époques du droit romain, permet de donner une idée exacte. La novation n'a pas d'existence indépendante en elle-même : c'est un cadre où viennent se mouvoir les subtilités de la pratique romaine, un creuset

où viennent se fondre les formes qui président à la naissance et à la mort des obligations ; et c'est justement ce caractère abstrait et immatériel qui rend si complexe l'étude de la novation. Justinien lui-même reconnaît que l'obscurité de la matière l'a obligé à modifier et à écourter les textes antérieurs, [1] et, après lui, les commentateurs se noient dans une confusion constante de la novation avec la délégation et le transfert des créances. [2] La question ne s'éclaircit guère dans la période contemporaine : d'une part de nouvelles théories, d'origine allemande, ont prétendu révolutionner les systèmes traditionnellement admis et d'autre part un certain nombre d'auteurs pensent que la découverte du palimpseste de Vérone a remis en question toute la matière de la novation, qu'il appartient désormais à la doctrine moderne de reconstituer à la lumière des textes de Gaius. Sans doute cette opinion est-elle un peu exagérée, car les Romanistes antérieurs au XIX^e^ siècle ont connu indirectement les solutions de Gaius sur la novation par le texte même des Institutes qui, pour traiter cette matière, se contentent de reproduire presque littéralement le texte des Commentaires. Mais il n'en est pas moins vrai qu'un sujet aussi purement doctrinal que celui-là ne pouvait donner lieu qu'à des interprétations différentes et à des théories variables suivant les siècles. C'est ce qui n'a pas manqué d'arriver et les conceptions des juristes à l'égard de la novation ont subi de telles vicissitudes qu'elles ont abouti à créer à chaque période du droit des institutions profondément différentes, rattachées seulement par le fragile lien d'une dénomination traditionnelle.

[1] Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes... » (C. VIII, XLII, de Nov. et Deleg , 8).

[2] C. T. Tatovici, De l'évolution de la novation, thèse. Paris, 1908, chap. 1^er^.

Le formalisme rigoureux de l'ancien droit romain, qui n'attribuait d'effets qu'aux opérations juridiques ayant satisfait minutieusement aux solennités établies par la coutume ou par la loi, fut naturellement amené à ne considérer la novation que comme un mode formel susceptible de remplacer une obligation préexistante par une autre obligation ayant le même objet ; et ce qui dominait en la matière, ce n'était pas l'intention de remplacer une obligation ancienne par une obligation nouvelle, la volonté d'opérer une novation ; c'était la seule preuve que les formalités prescrites avaient été observées. Le seul fait pour Secundus de répondre « Spondeo » à la question de Primus : « Quod Titium mihi dare oportet id dari spondes ? » opérait aussi énergiquement l'extinction de l'obligation de Titius et la naissance de l'obligation de Secundus que si Primus avait d'abord libéré Titius par une acceptilation et avait ensuite stipulé de Secundus un objet identique à celui dû par Titius. La novation supprimait la nécessité d'une double opération juridique ; elle n'en obéissait pas moins à la règle de la solennité et présentait en outre l'incontestable avantage de dispenser les parties de prouver leur intention de nover ; la réponse conforme du promettant à la question du stipulant était considérée comme une manifestation suffisante de leur volonté.

Cette prédominance de l'élément formel dans la novation ne put résister aux coups que les jurisconsultes de l'époque classique portèrent au formalisme. Sans doute ils continuèrent à exiger une forme spéciale pour nover, stipulation, « dictio dotis » ou même contrat « litteris », [1] le simple pacte étant toujours considéré en cette matière

[1] Gaius, III, 130.

comme insuffisant pour donner naissance à un rapport contractuel ; mais, à vrai dire, on commence à tenir compte de plus en plus de l'intention des parties. Ulpien nous dit formellement que, si les parties n'ont pas l'intention de nover, la seconde stipulation ne remplacera pas la première, viendra seulement se superposer à elle sans la détruire, de sorte que le débiteur sera tenu désormais de deux obligations. [1] Maints autres passages du même jurisconsulte au titre de la novation expriment la même idée ; on y retrouve à chaque pas [2] les expressions significatives « hoc actum, ut novetur », « si hoc actum est », « si modo id actum sit, ut novetur » et même « novandi animo », cette dernière expression étant également employée par Paul [3] et par Papinien [4] dans des cas particuliers de novation. Tous ces textes indiquent déjà à quel point, dès le III[e] siècle, on attribuait à la volonté des parties, en matière de novation, une importance qu'elle n'avait pas auparavant.

Mais alors, une difficulté nouvelle se présente : si désormais la volonté des contractants joue un rôle primordial dans la formation de la novation et si d'autre part on rejette au second plan les formules novatoires usitées antérieurement, comment arriver à déterminer l'intention certaine des parties ? sur quel critérium se baser pour reconnaître leur volonté de nover ? La question ne reçut aucune réponse satisfaisante pendant trois siècles, la solution de chaque cas d'espèce étant laissée aux présomptions incer-

[1] « Dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio : caeterum, si non hoc agatur, duae erunt obligationes ». (D. XLVI, II, de Nov. et Deleg., 2).

[2] Notamment aux fragments 2 ; 6, princ. ; 8, 1, 2 et 5.

[3] Fragment 22.

[4] Fragment 28.

taines des jurisconsultes ou à l'appréciation arbitraire des juges. Alors Justinien, s'efforçant en cette matière, comme en tant d'autres, de simplifier et d'unifier le droit, promulgua en 530 une constitution célèbre par laquelle il déclarait que désormais il y aurait novation « voluntate solum, non lege ». [1] C'était rompre définitivement avec l'ancien droit, rejeter à tout jamais l'effet quasi-magique des formules consacrées pour les remplacer par la conception de beaucoup supérieure du libre-arbitre des contractants. Du coup les controverses se trouvaient épuisées et l'existence de la novation ne faisait plus de doute, lorsque les parties, dispensées de l'emploi de formules trop étroites, n'en avaient pas moins indiqué expressément leur intention de nover. Mais le célèbre empereur n'alla pas plus loin : il avait ajouté une condition à l'existence de la novation, l' « animus novandi » ; il n'osa pas rompre complètement avec les conditions traditionnelles que les jurisconsultes classiques exigeaient pour la validité de l'acte.

Recherchons maintenant quelles étaient ces conditions. Justinien les a résumées dans le titre « Quibus modis obligatio tollitur » de ses Institutes, [2] faisant ainsi ressortir le caractère essentiel de la novation, son pouvoir d'éteindre une obligation, au même titre que le payement ou l'acceptilation, par exemple. Or, on ne peut éteindre que ce qui existe ; de même que le payement suppose essentiellement l'exécution d'une prestation due et l'acceptilation un rapport contractuel né « verbis », de même la novation suppose avant tout une obligation préexistante ; et, chose curieuse, cette obligation ne sera pas anéantie au sens propre du

[1] C. VIII, XLII, de Nov. et Deleg., 8.
[2] III, XXIX, 3.

mot, comme l'est l'obligation du débiteur qui s'est exécuté ou l'obligation née de l'échange de paroles solennelles qui s'éteint par la prononciation d'autres paroles solennelles. Justinien nous dit bien : « prima (obligatio) tollitur », la première obligation est supprimée ; mais aussitôt il se hâte d'ajouter : « translata in posteriorem (obligationem) » ; elle est supprimée, mais seulement parce qu'elle a passé dans une nouvelle obligation. En analysant les deux termes de ce rapport, nous voyons donc que la novation implique nécessairement l'existence de deux obligations : une première qui s'éteint et une deuxième qui naît.

Mais l'extinction des obligations était chose grave à Rome ; les parties, presque toujours liées par l'échange rituel de paroles consacrées ou par la rédaction solennelle de « transcriptitia nomina », n'avaient pas le droit d'éteindre à leur guise et par un simple accord de volonté les obligations que leur seul consentement avait été impuissant à créer. Il fallait que les obligations nées d'une forme solennelle s'éteignissent par un acte contraire de forme correspondante ; « Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est », dit Ulpien, et le célèbre jurisconsulte concrétise immédiatement après sa théorie : « ideo verborum obligatio verbis tollitur : nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. » La novation ne pouvait pas échapper à la rigueur de ce principe ; dès lors qu'elle éteignait une obligation, elle devait se soumettre à la règle du parallélisme et les Institutes ne manquent pas de s'y conformer. A l'époque de leur rédaction la stipulation était devenue le mode général de contracter ; aussi elles exigent continuellement, pour nover, une nouvelle stipulation. Nous trouvons une application de cette

[1] D. L. XVII, de Reg. Jur., 35.

règle dans l'exemple de novation par changement de débiteur que les Institutes placent en tête de leur exposé : « veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit »,et la suite du texte est rigoureusement conforme à ses débuts : seules y sont envisagées les novations réalisées par des stipulations opérant transfusion d'une obligation ancienne dans une obligation nouvelle. Si Justinien n'avait pas écarté systématiquement le contrat « litteris » de ses compilations, il n'est pas douteux qu'il aurait donné en la matière une solution correspondante : comme Gaius, [1] il aurait assigné à la « transcriptio a re in personam » le rôle d'une novation par changement de cause et à la « transcriptio a persona in personam » le rôle d'une novation par changement de personne. Le silence de Justinien à cet égard ne peut s'expliquer que par la disparition du contrat « litteris » à son époque, l'empereur byzantin ayant jugé inutile de traiter un sujet qui n'était plus, de son temps, que le souvenir lointain d'une législation disparue. Cependant, en présence des principes généraux de la matière et des textes formels de Gaius, il semble bien, malgré l'opinion contraire de quelques auteurs modernes, qu'à l'époque classique la novation pouvait se réaliser aussi bien par contrat « litteris » que par contrat « verbis ». Mais elle ne pouvait se réaliser qu'au moyen de ces deux formes solennelles, un simple pacte étant aussi impuissant pour nover une obligation que pour l'éteindre, à condition que l'on se place toutefois hors du domaine de la jurisprudence prétorienne.

La puissance en même temps extinctive et créatrice de ces formes solennelles recevait une limitation importante du fait d'un principe que les jurisconsultes romains n'ont

[1] Comm. III, 129 et 130.

pas mentionné formellement dans leurs textes, mais qui n'en résulte pas moins de l'ensemble de leurs doctrines, le principe de l'identité d'objet. Il fallait à Rome, contrairement aux dispositions de notre ancien droit et de notre législation contemporaine, que, dans la novation, l'objet de l'obligation créée fut rigoureusement identique à celui de l'obligation éteinte, et les motifs de cette règle nous paraissent découler d'une nécessité inéluctable. Supposons en effet que Seius, après avoir stipulé de Titius l'esclave Stichus, stipule ensuite de lui l'esclave Pamphile. Que va-t-il se produire ? l'existence d'une première obligation ne peut nullement nuire à la formation d'une deuxième entre les mêmes contractants ; dès lors la seconde stipulation ne détruira pas les effets de la première et Titius, qui s'est engagé deux fois, sera tenu de deux obligations différentes ; sans aucun doute, il n'y aura là aucune espèce de novation. Mais que Seius, déjà créancier de l'esclave Stichus par suite d'une vente que lui a consentie Titius, le stipule ensuite de ce dernier, pour se réserver, par exemple, le bénéfice d'une action de droit strict plus énergique dans ses effets qu'une action de bonne foi, alors nous nous trouvons bien ici en présence d'une véritable novation. Suivant l'expression énergique des Institutes, l'objet de la première obligation de Titius s'est transvasé dans une obligation nouvelle, « prima tollitur translata in posteriorem. » [1] Ce résultat, nous l'avons vu, n'a pu se produire que parce qu'il y a eu stipulation novatoire d'un objet déjà dû, « stipulatio prioris debiti ».

Mais supposons maintenant que Seius, déjà créancier de l'esclave Stichus non pas en vertu d'une vente mais par suite d'une stipulation, le stipule une deuxième fois de

[1] Inst., loc. cit.

Titius, son précédent débiteur. Il est bien évident que Seius n'aura rien ajouté à sa créance et que Titius n'aura rien ajouté à sa dette. [1] Il n'y aura nullement matière à novation dans cette seconde stipulation, inutile répétition de la première qu'elle ne pourra modifier en aucun point. C'est que la novation romaine est encore soumise à une autre condition que les jurisconsultes se contentent d'exiger seulement lorsqu'elle a lieu « inter easdem personas », parce qu'autrement elle résulte obligatoirement de la nature du contrat, cette condition c'est l' « aliquid novi », l'élément nouveau dont nous parlent les Institutes : [2] « Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stpulatione novi sit », et le texte ajoute quelques exemples de cet élément nouveau, « forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur ». Sans cet « aliquid novi », existant obligatoirement au cas de novation « inter novas personas », exigé formellement au cas de novation « inter easdem personas », la deuxième stipulation ne produirait aucun effet novatoire ; elle serait rejetée au rang inférieur de ces actes dépourvus de conséquences juridiques, que la doctrine romaine a classés spécialement sous la dénomination générique d' « inutiles stipulationes ».

Ainsi, nécessité de deux obligations dont l'une s'éteint automatiquement par la naissance de l'autre, nécessité d'une forme solennelle, d'un objet identique et d'un élément nouveau, telles étaient les quatre conditions, conservées traditionnellement par les Institutes, que les jurisconsultes de l'époque classique exigeaient pour la validité de

[1] « Qui bis idem promittit, is eo jure amplius quam semel non tenetur ». (Pomponius au Dig., XLV, I, de Verb. Oblig., 18),

[2] Loc. cit.

la novation. Mais, à vrai dire, à l'époque du Bas-Empire, ces conditions avaient beaucoup perdu de leur importance ; chacune d'elles, notamment le principe de l'identité d'objet, s'était en quelque sorte effacée devant une nouvelle condition, entrevue déjà au temps des Sévères et exigée expressément par le Code de Justinien, l' « animus novandi », la volonté formelle d'opérer une novation. L'opération novatoire n'était plus, en effet, au VI^e^ siècle ce qu'elle avait été aux origines du droit romain ; huit siècles de jurisprudence et de doctrine en avaient profondément modifié les caractères. D'une conception primitive, dénuée de toute subjectivité qui ne faisait de cette institution que le résultat nécessaire d'une formule consacrée, la novation avait peu à peu évolué vers les formes plus progressives d'une opération intentionnelle.

Cependant, nous l'avons déjà indiqué, le droit byzantin n'osa pas rompre définitivement avec les principes de la doctrine classique ; il se contenta d'en amoindrir les effets et il les compléta par de nouveaux principes qui constituent seuls aujourd'hui la base juridique de la novation moderne. L'exposé des conditions d'existence de la novation romaine suppose donc un double commentaire : l'étude particulière de chacun des éléments auxquels le droit classique subordonna la validité de l'acte et l'étude générale des réformes opérées en la matière par Justinien.

CHAPITRE Ier

Extinction d'une première obligation et naissance simultanée d'une deuxième

I

Les législations contemporaines nous donnent de nombreux exemples d'opérations complexes qui produisent à la fois un effet extinctif et un effet créateur et dont le résultat essentiel est de remplacer une situation juridique préexistante par une situation juridique nouvelle. C'est ainsi que la naturalisation opère à la fois un effet extinctif, la perte d'une nationalité, et un effet créateur, l'acquisition d'une nationalité nouvelle ; de même le changement de nom ou de domicile suppose essentiellement la suppression du nom ou du domicile antérieur ; de même encore le prononcé d'un jugement d'interdiction a pour effet de remplacer le régime normal de capacité d'un individu par un régime nouveau consacrant son inaptitude à la plupart des actes de la vie juridique. A notre époque, ces opérations à double effet, qui se rencontrent surtout dans le droit des personnes, trouvent une base suffisante dans le principe d'unité qui s'impose à chacun des éléments dont l'ensemble constitue l'état ou le régime de capacité d'un individu. Une personne ne peut avoir qu'une nationalité, un nom, un domicile,

une capacité. Qu'une cause quelconque, judiciaire ou extra-judiciaire, vienne à modifier un de ces éléments, il faut nécessairement, pour que le principe d'unité se trouve respecté, que l'élément ancien disparaisse pour faire place à l'élément nouveau.

En droit romain le nombre de ces opérations complexes était encore plus considérable ; elles ne se rencontraient pas seulement dans le domaine unique de la législation des personnes, mais aussi dans toutes les branches de la science juridique, notamment dans le droit successoral, la procédure et la matière des obligations. Un texte, tiré de l' « Edictum Urbicum » de Gaius et reporté au Digeste, [1] nous apprend que la formule « Quod Titio legavi, id Seio do lego » opérait un double résultat en sens inverse : elle supprimait tacitement le legs « per vindicationem » fait à Titius et elle faisait naître au profit de Seius un nouveau legs « per vindicationem » portant sur le même objet que le précédent. En procédure nous voyons une institution analogue, quoique conçue dans un esprit différent : la « litis contestatio » supprime une créance de nature quelconque pour la remplacer par un droit à la condamnation pécuniaire du défendeur. Enfin, les jurisconsultes romains ont classé sous la dénomination spéciale de « novationes » un ensemble de phénomènes juridiques dont les éléments varient à l'infini, mais dont le résultat final est toujours de supprimer une obligation antérieure par la naissance simultanée d'une obligation nouvelle.

Le fondement juridique de ces institutions romaines, à la fois extinctives et créatrices, diffère profondément, à notre sens, de la base que nous avons assignée tout à l'heure aux opérations à double face de la législation contempo-

[1] XXXIV, IV, de adim. vel transf. legat., 5.

raine. Sans doute, une doctrine moderne, inspirée des travaux du jurisconsulte allemand Salpius, [1] semble autoriser un rapprochement sinon absolu, du moins superficiel, entre les deux législations. De même que, dans le droit actuel, on ne peut acquérir une nationalité ou un domicile nouveau qu'à la condition expresse de perdre en même temps sa nationalité ou son domicile antérieur, de même, en droit romain, d'après la doctrine précitée, on ne pourrait pas grever d'un double legs un même bien, on ne pourrait pas intenter deux revendications relativement au même objet, on ne pourrait pas faire deux contrats relativement à une même dette. La novation aurait une parenté étroite avec la « litis contestatio » ; elle ne se séparerait d'elle que parce qu'elle éteint la dette extrajudiciairement au lieu de l'éteindre dans l'enceinte du prétoire : elle constituerait une « Ausserprocessualische Consumtion » au lieu d'une « Processualische Consumtion », suivant l'expression énergique de Witte [2] analysant la pensée de Salpius.

A nous en tenir à la seule opération novatoire cette doctrine nous paraît à la fois erronée et dangereuse, et voici pourquoi. D'abord dangereuse, car elle amène immanquablement ceux qui l'admettent à considérer la novation comme portant atteinte au vieux principe du parallélisme, [3] et cette conception nous paraît absolument inconciliable avec

[1] Novation und Delegation nach rœmischem Recht, Berlin, 1864, 2e part., chap. I, paragr. 25.

[2] Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1866, 8, 2, p. 178.

[3] Voir notamment Girard, Manuel de Droit Romain, 7me édit., livr. III, 4me partie, tit. III, p. 723, et surtout Salpius, op. cit., IIme partie, chap. 1er, paragr. 24, qui, tout en considérant la novation « Als formellen Tilgungsactes des alten jus civile », la considère ensuite comme une exception à la règle primitive que les obligations doivent s'éteindre par un acte de forme correspondante à celui qui leur a donné naissance.

l'esprit de l'ancien droit romain qui refusait au payement lui-même le pouvoir d'éteindre valablement une obligation, lorsqu'il n'était pas accompagné d'une solennité équivalente à celle qui avait donné naissance au rapport contractuel que l'on se proposait d'éteindre. [1] En effet, par suite d'un raisonnement simpliste dont nous essayerons plus loin de démontrer la fausseté, les juristes de cette école, partant du principe qu'une même dette ne pouvait faire l'objet de deux contrats et que dès lors la stipulation novatoire d'un objet déjà dû avait pour résultat forcé d'éteindre l'obligation précédente, quelle que soit la forme qui avait présidé à sa naissance, ces juristes, disons-nous, sont naturellement amenés à considérer la novation comme une exception formelle à la règle « quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt ».

Or, il n'en est pas ainsi, et loin de porter atteinte au principe du parallélisme, la novation paraît avoir été créée au contraire pour le respecter. Le seul fait que les jurisconsultes romains soumettent ses conditions d'existence à des formes rigoureuses démontre que ces formes étaient justement exigées parce que la novation était appelée à éteindre des obligations nées elles-mêmes d'une forme solennelle. Ne constatons-nous pas en effet au même moment, dans les dernières années de la République, la disparition du parallélisme et l'apparition des contrats « re » ou « consensu » ? Antérieurement à cette époque, il n'y avait que des obligations nées « verbis » ou « litteris » à éteindre ; ainsi s'explique la solennité des formules novatoires et partant la concordance de ces formules avec les modes créateurs d'obligations. S'il n'en avait pas été ainsi, les

[1] Tite-Live, VI, 14, et Pomponius au Dig., XLVI, III, de Sol. et Liber., 80.

jurisconsultes auraient considéré comme une novation tout acte éteignant une obligation préexistante par la naissance simultanée d'une obligation nouvelle ; or, nous voyons au contraire qu'ils distinguaient soigneusement l'opération novatoire de tous autres actes, même à la fois extinctifs et créateurs qui, tels le pacte de constitut et la conversion d'un dépôt en « mutuum », n'étaient soumis à aucune forme solennelle. [1]

En dehors de cette conception des jurisconsultes romains et de la décadence simultanée des formes créatrices d'obligations et des formes novatoires, un autre phénomène juridique nous semble donner un démenti formel à la doctrine de Salpius et de son école, doctrine en vertu de laquelle la novation porterait atteinte à la règle du parallélisme. On sait qu'au 1er siècle avant J.-C., le jurisconsulte Aquilius Gallus, préteur en 688 de Rome, inventa une formule novatoire célèbre, la stipulation Aquilienne, qui, selon M. Gide, [2] constitue « le seul modèle de novation, intégral et authentique, que les auteurs anciens nous aient transmis ». Le but de cette stipulation Aquilienne était de liquider les multiples rapports de droit qui pouvaient exister entre deux personnes en les remplaçant par une obligation unique née « verbis » que l'on éteignait ensuite par une acceptilation. Or, cette opération complexe, que l'on peut considérer à juste titre comme constituant l'une des applications les plus courantes de la novation, loin de porter atteinte à la règle du parallélisme, en était au contraire l'application la plus parfaite. Toute la stipulation Aquilienne, considérée dans son ensemble, tenait en effet dans

[1] A Xardel, De la novation en droit romain, thèse, Nancy, 1877, chap. Ier.

[2] Etude sur la Novation et le Transport des Créances en Droit Romain, I, chap. IV, p. 141.

ces mots : créer une obligation « verbis » pour l'éteindre « verbis ».

On nous objectera peut-être que, dans la stipulation Aquilienne, la novation, véritable acte intermédiaire qui séparait les droits multiples que les parties voulaient éteindre de l'acceptilation qui réalisait cette extinction, pouvait avoir pour effet d'éteindre « verbis » des obligations qui, peut-être, étaient nées autrement ; mais à cela, il est facile de répondre ; ce que les parties novaient dans la stipulation Aquilienne, ce n'étaient pas des obligations préexistantes considérées en elles-mêmes, c'était le droit qui résulterait de la « deductio in litem », [1] c'était nover par conséquent un droit futur. Or, qui pourrait soutenir que la novation d'un droit futur constituait une atteinte à la règle du parallélisme ? et comment admettre d'ailleurs qu'au temps d'Aquilius Gallus on ait osé porter atteinte à une règle que le moins formaliste des jurisconsultes romains pose encore trois siècles plus tard comme un principe en pleine vigueur : « neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est ? » [2]

Nous croyons avoir démontré le danger de la doctrine de Salpius et de son école, puisqu'elle aboutit à des solutions que nous jugeons tout à fait inconciliables avec l'esprit général du droit romain ; il nous reste maintenant à démontrer qu'elle est erronée. D'abord nul jurisconsulte romain n'a jamais posé le principe que l'on ne pouvait faire deux contrats relativement à une même dette, et si ce principe, si gros de conséquences juridiques, avait réellement existé à Rome, les textes n'auraient pas manqué de le souligner. En vain les disciples de Salpius, notam-

[1] Accarias, Précis de Droit Romain, 4me édit., t. II, nº 707.
[2] Ulpien au Dig., XLVI, IV, de accept., 8, 3.

ment M. Gide, [1] invoquent-ils à l'appui de leur opinion un texte de Pomponius qui paraît confirmer leur doctrine : « Qui bis idem promittit, is eo jure amplius quam semel non tenetur », [2] mais, à notre avis, ce texte ne pose pas un principe général ; il se borne à constater un simple fait, évident dans toute législation : l'inutilité de promettre une seconde fois ce que l'on a déjà promis une première fois. En outre, si nous analysons la portée de ce texte, nous voyons qu'il est absolument inapplicable à la matière de la novation ; et cela pour une raison bien simple : en effet, que constate-t-il ? que la deuxième stipulation d'un même objet n'ajoute rien à la première et ne peut la modifier en aucun point. Or, si nous considérons au contraire une obligation née « verbis » et si nous analysons les effets d'une nouvelle stipulation qui la nove, nous voyons l'obligation primitive anéantie, résultat totalement opposé à celui de l'hypothèse de Pomponius, et la deuxième stipulation opérant novation sortir son plein effet, alors que la deuxième stipulation du texte de Pomponius n'en produit aucun. Il nous paraît donc peu logique d'appliquer à la novation un texte qui ne la concerne nullement et de lui donner pour base une idée développée à l'occasion d'une hypothèse différente.

Mais les jurisconsultes romains ne se sont pas contentés de passer sous silence un principe qui n'a probablement jamais existé dans leur législation ; deux textes démontrent au contraire qu'une même personne pouvait parfaitement être débitrice du même objet envers un même créancier. D'abord un texte de Paul, formel sur ce point, dit nettement qu'un même objet peut être dû par une

[1] Op. cit, I, chap. III, p. 85.

[2] D., XLV, I, de Verb. Oblig., 18.

même personne à un même créancier pour des causes différentes et qu'une première action, relative à cet objet, n'empêchera nullement l'exercice d'une deuxième action, également relative à cet objet : « ... Quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur », [1] et Ulpien, à propos d'un cas particulier, constate également le fait suivant dont il atteste l'ancienneté : « Non est novum, ut duæ obligationes in ejusdem persona, de eadem re concurrant ». [2]

Ainsi la doctrine de Salpius, inspiratrice des travaux de Dernburg, de Karlowa et de M. Gide, nous paraît assigner à la novation une base théorique que les jurisconsultes romains n'ont jamais eu l'intention de lui donner. Si on examine au contraire les origines et l'évolution de cette institution, on constate qu'elle n'a pas été créée sous l'influence d'une idée préconçue et qu'elle n'a jamais été soumise à la conception étroite d'un principe général. La novation s'est développée sous l'influence de nécessités pratiques ; elle est apparue le jour, assez tardif dans l'histoire de la législation romaine, où le droit de créance, d'abord considéré comme un droit strictement personnel, intransmissible et aux éléments invariables, a été regardé comme un droit patrimonial susceptible de donner lieu aux mêmes transactions que la plupart des droits réels. A partir de ce moment, sans obéir à aucun plan d'ensemble et au fur et à mesure que des besoins nouveaux se firent sentir, les praticiens de Rome créèrent des opérations solennelles qu'ils rassemblèrent sous la dénomination générique de « novationes », faisant ressortir par là l'absence d'unité

[1] D., XLIV, II, de except. rei judic , 14, 2.
[2] D., XIX, I, de act. empti et vend., 10.

doctrinale qui caractérisait leur création. Et ce terme de « novationes » avait une juste signification : il éveillait immédiatement dans l'esprit l'idée de quelque chose de nouveau apporté dans un cadre ancien, l'idée d'une obligation nouvelle substituée à une obligation ancienne, « Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione ». [1]

Mais pourquoi les jurisconsultes romains créèrent-ils cette opération complexe ? A quels besoins répondait cette institution nouvelle que le droit primitif avait certainement ignorée ? C'est ici que nous nous séparons complètement de la doctrine de Salpius et que nous nous refusons de nouveau à admettre l'idée en vertu de laquelle la novation n'aurait dû son existence qu'à l'impossibilité juridique de faire deux contrats relativement à une même dette. A notre avis la novation a été créée à la fois pour éviter un danger et pour simplifier le droit formel des obligations, et nous allons démontrer que cette conception s'appuie aussi bien sur les textes généraux de la matière que sur les principes supérieurs du droit contractuel romain.

Supposons, en effet, que Secundus, ayant répondu « Spondeo » à l'interrogation de Primus : « Spondesne mihi mille sestertium dare ? », ce dernier devienne créancier pour mille sesterces de Secundus, et supposons maintenant que Primus, voulant accorder une facilité à son débiteur, désire substituer une obligation à terme à l'obligation pure et simple de Secundus. Dans le droit primitif où la novation n'existait certainement pas et où le pacte « de non petendo intra certum tempus » n'avait pas encore été sanctionné par le préteur, Primus aurait été obligé, pour atteindre le résultat désiré, d'accomplir deux cérémonies différentes. Il aurait d'abord libéré Secundus par une

[1] Ulpien au D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, princ.

acceptilation en répondant « Habèo » à la question de son débiteur : « Quod ego tibi promisi habesne acceptum ? » et il aurait ensuite stipulé à terme de Secundus les mille sesterces en lui posant par exemple la question : « Spondesne mihi mille sestertium primis calendis martiis dare ? ». La complication de ces multiples opérations était évidente ; on n'en ressentit pas les inconvénients aux origines du droit romain, parce que, à ce moment-là, lès contrats étaient rares et le commerce peu important. Mais le jour où les relations juridiques se multiplièrent entre les citoyens, où les rares contrats du droit primitif firent place aux multiples opérations commerciales dont les historiens nous attestent l'importance dans la vie pratique des Romains, ce jour-là on songea naturellement à condenser dans des formules simplifiées le résultat obtenu antérieurement au moyen d'opérations différentes. On considéra avec raison que Primus, au lieu d'éteindre d'abord sa créance primitive et d'en stipuler ensuite l'objet à terme de son débiteur, aurait plus d'avantage à poser simplement à Secundus la question suivante : « Quod tu mihi debes, id primis calendis martiis dare spondes ? »

A notre avis, c'est cette idée pratique de simplification qu'il faut placer à l'origine de la novation et notre opinion nous paraît fortement appuyée par l'analyse des deux plus anciennes traces de novation que nous trouvons dans les écrits des prudents, d'abord un texte du jurisconsulte Florentinus au Digeste, [1] ensuite un passage des Commentaire de Gaius. [2] Le premier de ces textes, relatif à la stipulation Aquilienne dont nous avons déjà eu l'occasion de déterminer les caractères et les effets, est un des exem-

[1] XLVI, IV, de Accept., 18, I.
[2] III, 179.

ples, à notre sens le plus tangible, de l'idée utilitaire et simplificatrice que nous croyons avoir présidé à la naissance des formules novatoires. La stipulation Aquilienne est en effet un moyen pratique de remplacer un ensemble de droits présents et futurs, d'actions réelles, personnelles ou persécutoires et même, chose extraordinaire, un ensemble de droits réels, par une obligation unique née « verbis » que l'on pourra ensuite éteindre au moyen d'une simple acceptilation. Cette formule complexe, dont le contenu, avec de légères variantes, nous a été transmis à la fois par Florentinus et par les Institutes, [1] n'est-elle pas une des preuves les plus certaines du désir d'utilité et de simplification qui a inspiré les praticiens romains inventeurs des opérations novatoires ?

Mais ce n'est pas tout ; le deuxième texte dont nous avons parlé, celui de Gaius, défend également bien notre manière de voir. Ce texte expose l'opinion de Servius Sulpicius sur la validité d'une novation résultant de la promesse d'un esclave et, comme Servius Sulpicius, consul en 703 de Rome, vivait à une époque où la novation peut être considérée comme à ses débuts, il est intéressant d'analyser la conception d'un des plus anciens jurisconsultes qui fut appelé à la commenter. On sait que, dès avant la fin de la République, le négoce romain avait pris une forme particulière, commune d'ailleurs à un grand nombre de peuples antiques : les citoyens n'accomplissaient pas eux-mêmes leurs opérations commerciales, mais plaçaient à la tête de leurs entreprises des esclaves privilégiés auxquels ils donnaient les pouvoirs les plus larges ; et naturellement, malgré le défaut théorique de personnalité dont étaient frappés ces individus, la pratique romaine inventa

[1] III, XXIX, Quib. mod. oblig. toll., 2.

toute une législation nouvelle pour valider les actes qu'ils accomplissaient ainsi au profit de leur maître. Or, parmi les actes que ces esclaves commerçants étaient appelés le plus souvent à accomplir, devait se trouver forcément la novation, cette institution se rencontrant surtout en matière commerciale et bancaire aussi bien dans la législation romaine que dans le droit actuel. Mais ici on se heurtait à une grave difficulté : la novation était en effet soumise à des formes rituelles dont la solennité semblait naturellement exclure des individus qui, en droit, étaient dépourvus de toute personnalité juridique. Aussi le fait de valider la promesse novatoire d'un esclave devait être considéré, dans les premières années du VIII[e] siècle de Rome, comme un véritable défi lancé aux principes du vieux droit quiritaire, et pourtant, Gaius nous l'apprend, Servius Sulpicius considérait comme valable la promesse d'un esclave emportant novation. Le vieux jurisconsulte, négligeant les principes en faveur de l'utilité, portait ainsi une atteinte formelle aux conceptions de son temps, et sans doute un seul désir inspirait sa doctrine, le désir de sanctionner une opération indispensable à la bonne économie des affaires privées.

Cependant, après avoir dit que Servius Sulpicius admettait la validité de la promesse novatoire d'un esclave, Gaius se plaçant dans le domaine restreint de la vieille législation civile, a soin d'ajouter : « ... et rem perire, quia cum servo agi non potest », [1] et cette conclusion semble bien démontrer l'absence d'utilité pratique résultant de l'opération qui nous occupe. Mais il n'en était pas ainsi : il ne faut pas oublier en effet, d'une part que l'esclave qui s'en-

[1] Comm., III, 179.

gageait était tenu d'une obligation naturelle, [1] et Ulpien nous atteste la validité d'une novation donnant naissance à une obligation naturelle, [2] et d'autre part que, dès avant la fin de la République, le système des « Actiones institoriæ et exercitoriæ » permettait de réclamer au maître le montant de ce que l'esclave avait promis pour son compte au cours d'une opération commerciale. Servius Sulpicius ne se contentait donc pas de poser un principe, il constatait un phénomène courant dans le domaine de la pratique et lui donnait la haute sanction de son autorité doctrinale.

Ainsi une première idée d'utilité pratique et de simplification nous semble avoir inspiré le mouvement juridique qui, au plus tôt vers la fin du VI[e] siècle de Rome, donna naissance aux opérations novatoires ; mais, à côté de cette première idée, une seconde nous paraît également avoir joué un grand rôle, le désir d'éviter au créancier un danger pouvant résulter de la mauvaise foi de son débiteur. Dans l'exemple que nous avons donné tout à l'heure pour démontrer l'inutile complication que la novation avait pour but d'éviter, Secundus, après l'acceptilation de Primus, pourrait refuser ensuite de s'engager à nouveau en ne répondant pas affirmativement à sa nouvelle interrogation. Aussi les formules novatoires se caractérisent par le fait suivant : elles n'éteignent la dette ancienne qu'à l'instant précis où une autre dette la remplace, de sorte que le débiteur n'est libéré que, parce qu'au moment précis de sa libération, il est déjà engagé dans les liens d'une obligation nouvelle. C'est à cette grave préoccupation que semblent répondre les textes des prudents lorsqu'ils définissent la novation ou en déterminent les effets. L'expression de

[1] Voir notamment D., XLIV, VII, de Oblig. et Act., 14 : « ... sed naturaliter et obligantur, et obligant ».

[2] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I.

Gaïus : « et prima tollitur translata in posteriorem », [1] reproduite en termes identiques par les Institutes de Justinien [2] reflète au IIe siècle la même préoccupation que la célèbre définition donnée un siècle plus tard par Ulpien : « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio ; hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur ». [3]

II

L'analyse de cette définition nous montre trois éléments indispensables à l'existence de toute opération novatoire : une première obligation qui s'éteint, « prior perimatur », une nouvelle qui naît, « nova constituatur », et un acte intermédiaire opérant « transfusio atque translatio » de l'objet de la première obligation, « prioris debiti », dans une obligation nouvelle, « in aliam obligationem ». Or, quelle peut être cette obligation que l'on supprimera ainsi par la naissance d'une autre obligation ? Ulpien nous le dit : « Illud non interest, qualis processit obligatio : utrum naturalis, an civilis, an honoraria ; et utrum verbis, an re, an consensu... » [4] et, au fragment suivant, le jurisconsulte élargit encore sa doctrine en posant le principe général : « Omnes res transire in novationem possunt », non sans le restreindre immédiatement après à la matière des obligations : « Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest ». Cette restriction ne fut pas

[1] Comm , III, 176.
[2] III, XXIX, Quib. mod. oblig. toll., 3.
[3] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, princ.
[4] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, I.

faite par les Glossateurs : ils se contentèrent d'énoncer le principe posé par Ulpien sans le soumettre à aucune limitation [1] et leurs successeurs immédiats, les Bartolistes, tombèrent dans la même exagération. A la fin du XVI[e] siècle, un de leurs derniers représentants, spécialiste en matière de novation, le jurisconsulte Florentin Sebastianus Medices, pose encore le principe que n'importe quel droit peut être nové : « Quarto quæro quæ res novari possunt ? Respondeo quod omnes res, quæ subjici possunt dominio nostro, transire possunt in novationem ». [2] Cette formule avait le tort d'étendre au-delà de toute mesure la solution déjà si large des prudents en la matière. C'est qu'en effet, à Rome, la novation ne pouvait éteindre normalement que des obligations et si, exceptionnellement, par exemple dans la formule d'Aquilius Gallus, nous la voyons servir à éteindre des droits réels, cet effet se réalise toujours indirectement, soit parce que l'objet de ce droit réel a déjà été stipulé, soit parce qu'il doit servir de base éventuellement à une créance pécuniaire résultant de la « deductio in litem ». Mais si la novation ne pouvait éteindre que des obligations, elle pouvait aussi les éteindre toutes et, en dehors du texte général d'Ulpien, les écrits des jurisconsultes foisonnent en exemples de novations éteignant toute espèce d'obligations, même à objet futur, [3] même à objet incertain, [4] même à objets divers dûs par les débiteurs différents. [5]

Il arrivait cependant, au moins d'après la doctrine de certains jurisconsultes, que la stipulation solennelle d'un

[1] Glos. d'Accurse. t. III, p. 1111, ad leg. Novatio.

[2] Tractatus de Nov. et Deleg. item de Accept , Coloniæ Agripinæ, 1588, Quæst IV primæ partis.

[3] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 8, I.

[4] D., XLIV, V, Quar. Rer., I, 4.

[5] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 34, 2.

objet déjà dû ne produisait aucun effet novatoire, et il en était habituellement ainsi lorsque la naissance d'une première obligation n'était destinée dans l'esprit des parties qu'à constituer le complément indispensable d'une autre obligation née elle-même d'une forme solennelle. Supposons en effet avec Pomponius que, à la suite d'une convention de prêt, Primus fasse une numération de dix mille sesterces à Secundus. Gaius nous dit que cette « mutui datio » engendrera une obligation « re » au profit de Primus et à la charge de Secundus. [1] Désormais Primus aura contre Secundus un droit de créance sanctionné par une « condictio certæ pecuniæ », action dont l'exercice l'obligera à faire une double preuve, d'abord la preuve de la convention de prêt, ensuite celle de la numération d'espèces, peut-être même, d'après une certaine doctrine, la preuve de son droit de propriété. Pour éviter cette inutile complication, Primus aura pu s'entendre avec Secundus préalablement à la numération d'espèces, à l'effet de stipuler de lui purement et simplement les dix mille sesterces formant l'objet du prêt ; Primus aura alors à sa disposition une action de droit strict, née de la stipulation, dont l'exercice supposera la simple preuve de la prononciation des « verba solemnia ». Il est hors de doute qu'en pareil cas les parties n'ont considéré la numération d'espèces que comme une opération accessoire à la stipulation et faisant un tout avec elle ; elles n'ont certainement pas eu l'intention de nover la créance primitive, née « ex mutui datione » dans la rigueur des principes. Telle est l'opinion de Pomponius : « Non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari », et le jurisconsulte appuie ensuite sa solution sur l'intention pré-

[1] « re contrahitur obligatio » (D., XLIV, VII, de Oblig. et Act., 1, 2).

sumée des parties : « Quia id agitur, ut sola stipulatio teneat ; et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri ». [1]

L'opinion de Pomponius était rigoureusement conforme à la nature de la novation, dont l'existence supposait essentiellement deux obligations successives, condition qui, en fait, faisait défaut dans notre cas, puisque la numération d'espèces et la stipulation n'y constituaient au fond que les phases différentes d'une même opération juridique. Mais, là où Pomponius nous paraît exagérer, c'est lorsqu'il soutient, avec prudence il est vrai, qu'aucune obligation ne naît de la numération. Nous pensons que cette proposition est absolument inconciliable avec la nature même du « mutuum » qui, au temps de Pomponius, c'est-à-dire dans la première moitié du IIe siècle, était conçu de telle façon qu'une convention de prêt suivie d'une numératon d'espèces faisait naître immédiatement une obligation de restitution. Hésiterait-on d'ailleurs à mettre à la charge de Secundus l'obligation de rendre les deniers prêtés, s'il refusait ensuite de s'engager à les restituer par stipulation ?

Il n'en reste pas moins vrai, dans la doctrine de Pomponius, qu'il n'y avait probablement novation que lorsque les parties, obligées d'abord d'une manière définitive, décidaient ensuite de remplacer leur obligation primitive par une obligation nouvelle ayant le même objet. Que si au contraire elles avaient l'intention préalable de modifier la forme d'une obligation sitôt qu'elle serait née, ce simple accord de volonté n'entraînait certainement pas novation. Et cette doctrine, qui respectait rigoureusement l'intention des parties, mais qui constituait en même temps une véritable atteinte au formalisme du droit civil, est encore à

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 7.

notre sens une des meilleures preuves du caractère utilitaire et jurisprudentiel qui nous paraît avoir présidé à la naissance des formules novatoires, formules dont la création nous paraît exclusive de toute intervention doctrinale, contrairement à l'opinion de Salpius et de son école.

Quant à la deuxième obligation qui naissait, et dont la formation avait pour résultat mécanique d'éteindre l'obligation primitive qui liait les parties, Ulpien nous dit qu'elle pouvait être civile ou naturelle ; [1] mais ce dernier point demande une explication : comment se fait-il que l'acte solennel constitué par la formule novatoire ne reçoive pas toujours la sanction d'une action civile ? comment se fait-il que la novation, mode essentiellement civil d'éteindre les obligations, [2] puisse donner naissance à une simple obligation naturelle ? A notre sens cela s'explique surtout par la conception des prudents à l'égard de la novation : ils rangeaient toujours cette institution juridique parmi les modes susceptibles d'éteindre les obligations ; ils ne l'énuméraient jamais parmi les modes susceptibles de les créer. C'est que, dans leur doctrine, le résultat essentiel de l'opération novatoire était de supprimer un rapport contractuel préexistant ; le nouveau rapport qui naissait n'était considéré par eux que comme un simple accessoire, inhérent il est vrai à la nature même de la novation, mais dont l'importance juridique n'était au fond que relative. N'avons-nous pas constaté en effet que, dès les premières années du VIII[e] siècle de Rome, Servius Sulpicius admettait déjà la validité de la promesse novatoire d'un esclave, son pouvoir par conséquent d'éteindre valablement une obligation ?

1 « Dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter » (D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, I).

2 Salpius, op. cit., 2[me] partie, chap. I, parag. 23.

et pourtant, nous savons qu'au point de vue du pur droit quiritaire, cette promesse ne pouvait valablement donner naissance à aucune obligation nouvelle. Sans doute un revirement de doctrine ne tarda pas à se produire, car Gaius nous indique qu'à son époque la promesse novatoire d'un esclave ne pouvait plus nover une obligation préexistante ; et pourtant le même jurisconsulte reconnaît la validité d'opérations novatoires résultant de certaines stipulations dont il nous proclame cependant l'inutilité. [1] Si ces stipulations, dont certaines, par exemple la promesse « post mortem », étaient rigoureusement incapables dans la rigidité des principes de produire un effet quelconque, avaient cependant le pouvoir de nover, il ne faut pas s'étonner que, par suite d'un simple raisonnement « a fortiori », on ait donné ce même pouvoir à des stipulations capables d'engendrer des obligations naturelles. Et en fait ce résultat devait se produire souvent : Ulpien notamment, malgré l'opinion contraire de Neratius qui allait jusqu'à refuser la sanction du droit naturel à l'engagement du pupille dépourvu d' « auctoritas tutoris », [2] Ulpien, disons-nous, nous apprend qu'une novation réalisée dans de semblables conditions donnait naissance à une obligation naturelle [3] et il en était sans doute ainsi au cas de promesses novatoires contractées par un mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur permanent, par un individu appartenant à la même « domus » que le stipulant, et par tous ceux enfin dont

[1] « Adeo ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur ; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem ejus, vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fuero. Quo casu rem amitto ; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est ». (Comm., III, 176).

[2] D., XII, VI, de condict. indeb. 41

[3] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I

l'engagement ne donnait pas naissance à une action civile, mais dont l'exécution volontaire de la promesse excluait toute « condictio indebiti ».

Peu importait par conséquent le caractère de la nouvelle obligation ; elle pouvait être civile, naturelle ou même dépourvue de tout effet juridique ; elle n'empêchait pas la novation de se former quand on avait employé pour la réaliser une formule consacrée. Dans une législation aussi formaliste que la loi romaine, ce n'était pas le fond qui constituait l'élément essentiel des contrats ; c'était la forme que les parties leur donnaient, et à l'égard de la novation, comme à l'égard de n'importe quelle autre branche du droit des obligations, les jurisconsultes pouvaient affirmer sans crainte que c'était la forme qui donnait son existence à la chose, « forma dat esse rei ».

CHAPITRE II

Les conditions de forme de la novation

I

Le droit romain primitif, incapable de discerner chez les contractants l'élément purement psychologique de leur consentement respectif, s'était naturellement attaché à la seule manifestation extérieure de leur volonté ; et, qu'il s'agisse de donner naissance à un rapport contractuel, qu'il s'agisse de le transformer ou de l'éteindre, la seule chose dont il tenait compte était le signe formel au moyen duquel les parties faisaient connaître leur intention. Les diverses conventions étaient ainsi renfermées dans le cadre restreint de quelques opérations solennelles et, si on voulait les y soustraire, si on ne les soumettait pas aux formes rigoureuses du « nexum », de la stipulation ou du contrat « litteris », elles ne s'élevaient pas au rang de contrats et restaient dépourvues de toute sanction efficace. Alors elles méritaient justement la dénomination de « nudæ pactiones » que leur avaient donnée les jurisconsultes, puisqu'elles ne donnaient naissance à aucune obligation ni ne pouvaient en supprimer aucune, « nuda pactio obligationem non parit ». [1]

[1] D., II, XIV, de pact., 7, 4.

Tout le progrès réalisé par le droit romain des obligations consista à dégager peu à peu la convention de ces étreintes formelles qui l'enserraient inutilement et deux éléments s'attachèrent principalement à la réalisation de cette œuvre, d'abord le droit civil lui-même par la création des contrats « re », « consensu » ou innommés, ensuite la jurisprudence prétorienne par la sanction judiciaire d'un grand nombre de pactes à l'aide du moyen puissant de l'exception.

La novation ne fut jamais soumise qu'aux seules règles du droit civil ; elle ne cessa jamais d'évoluer dans son domaine et resta toujours en dehors des influences prétoriennes. C'est cette circonstance qui explique à la fois le caractère formel qu'elle a toujours gardé et aussi le fait que les jurisconsultes romains se refusaient à voir une novation véritable dans des opérations prétoriennes qui, tels le « receptum argentarii » ou le pacte de constitut, présentaient pourtant avec elle la plus grande analogie. Le premier de ces pactes, d'ailleurs fort peu connu, consistait en une convention par laquelle un banquier s'engageait à payer la dette d'autrui, « recipiebat aliquid pro alio solvere » ; il avait habituellement pour effet d'éteindre une dette préexistante, celle du client, et de la remplacer par une dette nouvelle à la charge du banquier, et peut-être même cette obligation nouvelle naissait-elle primitivement de « verba solemnia », auxquels semble faire allusion Justinien dans sa constitution « Receptitia actione », [1] ce qui constituerait un rapprochement encore plus sensible entre le « receptum argentarii » et la formule novatoire. Mais cette institution qui ne fut probablement jamais sanctionnée par la législation civile puisque, d'après les travaux de Lenel, Salvius Julien éprouva le besoin de la mentionner

[1] C., IV, XVIII, de const. pecun., 2

au titre XI « de receptis » de son Edit Perpétuel, ne pouvait vraisemblablement éteindre l'obligation précédente que d'une manière relative, et sans doute, si le banquier ne payait pas à l'échéance, le créancier conservait son action contre son débiteur originaire. La novation avait donc un effet plus énergique que le « receptum argentarii » puisque, dans tous les cas, elle éteignait irrévocablement l'obligation primitive, et c'est à notre sens la raison la plus tangible pour laquelle la deuxième opération ne fut jamais assimilée à la première, bien qu'elle présentât peut-être à l'origine le même caractère formaliste.

Le pacte de constitut, convention par laquelle une personne s'engageait à payer à jour fixe une dette préexistante, se rapprochait encore plus de la novation que le « receptum argentarii ». Il portait en effet toujours et obligatoirement sur une dette antérieure sanctionnée déjà par le droit civil, par le préteur ou même simplement par le droit naturel [1] et il remplaçait cette dette antérieure par une obligation nouvelle ayant vraisemblablement à l'origine le même objet que la précédente. [2] Le constitut avait également son « aliquid novi » qui résultait d'une « adjectio diei » dans le « constitutum proprii debiti » et d'une « adjectio diei et debitoris » dans le « constitutum debiti alieni », et il exigeait en outre que le consentement des parties fût exprimé, sinon dans une forme déterminée, du moins en termes exprès, comme le prouve, d'après Accarias, [3] un texte d'Ulpien appuyé sur Pomponius, consacrant l'inexistence d'un constitut où un individu, tout en voulant s'engager personnellement, ne ferait que promet-

[1] D., XIII, V, de pec. const., I, 7.

[2] Accarias, op. cit., t. II nº 721, 2º.

[3] Loc. cit.

tre le payement d'un tiers à une échéance déterminée. [1] Cependant, ce qui distinguait le pacte de constitut de la novation et ce qui fait que les jurisconsultes romains n'attribuèrent jamais à cette convention une puissance semblable à celle de la formule novatoire, c'est que, dans le constitut, comme dans le « receptum argentarii », l'obligation antérieure n'était pas anéantie complètement. Il arrivait fréquemment qu'elle subsistait à côté de la nouvelle et, si elle pouvait être paralysée au moyen d'une exception, son existence ne faisait aucun doute au point de vue civil. Les parties avaient même très souvent l'intention de considérer le constitut comme devant donner naissance à une deuxième obligation qui ne serait au fond que le simple accessoire de la première. Tel était le résultat qui se produisait lorsque, au cas de « constitutum alieni debiti », un nouveau débiteur s'engageait envers le créancier d'un autre débiteur pour servir par exemple de caution à ce dernier. C'est cette persistance de l'obligation antérieure à côté de la nouvelle qui a fait poser à Gaius le principe général : « Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet » [2] et qui a fait dire à Pothier que le constitut ne supprimait pas l'obligation ancienne, mais plaçait seulement à côté d'elle une obligation nouvelle : « Constitutum non tollit priorem obligationem, sed novam inducit quæ priori accedit ». [3]

Si, comme nous l'avons vu, ni le pacte de constitut ni le « receptum argentarii » n'avaient une puissance suffi-

[1] « Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur : et ita Pomponius lib. 8 scribit ». (D , XIII, V, de pec. const., 5, 4).

[2] D., XIII, V, de pec. const., 28.

[3] Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ, tit. « de pec. const. », nº 22.

sante pour supprimer complètement l'obligation antérieure, cela tenait à ce que ces pactes recevaient uniquement la sanction du droit prétorien. Or, à ce titre, ils ne pouvaient constituer aucune espèce de novation puisque cette institution ne cessa jamais d'appartenir au pur droit civil en raison du caractère formel de l'opération qui la réalisait et qui avait pour résultat essentiel de supprimer à tout jamais une obligation préexistante de la même façon que l'acceptilation verbale ou littérale éteignait complètement l'obligation née « verbis » ou « litteris ». Parler à propos de ces pactes de novations prétoriennes, comme l'ont fait certains jurisconsultes contemporains, c'est donc commettre à notre avis un véritable non-sens : en effet, l'obligation, détruite par une convention, pouvait ensuite renaître par l'effet d'une nouvelle convention, comme cela arrivait fréquemment dans de nombreuses opérations extinctives sanctionnées par le préteur. Gaius [1] nous en donne un exemple significatif. Supposons avec lui que Seius, créancier de Titius, s'entende avec son débiteur pour ne pas lui réclamer le montant de sa dette; nous nous trouvons ici en présence d'un pacte « de non petendo » qui semble bien éteindre à tout jamais l'obligation de Titius, puisque, au cas où ce dernier serait poursuivi par Seius, l' « exceptio pacti conventi » ferait échec à la demande du créancier ; mais si, postérieurement à ce pacte, les parties font un pacte « de petendo » à l'effet de faire renaître la dette et d'autoriser le recouvrement de la créance, alors cette convention sera parfaitement valable et recevra la sanction judiciaire d'une « replicatio si non postea convenerit ut eam pecuniam petere liceret ». La convention extinctive, protégée par le préteur, n'aboutissait donc pas à un anéantissement

[1] Comm., IV, 126.

total de l'obligation antérieure ; pour atteindre ce résultat il fallait un mode formel déterminé dont la solennité excluait toute possibilité de résurrection de l'obligation disparue et qui, dans la novation, devait avoir en outre le pouvoir de faire naître une obligation nouvelle destinée à remplacer l'ancienne.

II

Or, quelle était cette forme, à la fois extinctive et créatrice, à laquelle les jurisconsultes romains attribuaient une puissance novatoire ? dans l'immense majorité des cas c'était une stipulation et un grand nombre de jurisconsultes contemporains, dont nous combattrons plus loin la doctrine, disent même que ce ne pouvait être qu'une stipulation. La stipulation était en effet à Rome le mode normal de contracter ; elle se pliait à la confection de n'importe quelle convention et constituait pour la formation des contrats un moyen à la fois pratique, souple et exclusif de toute erreur d'interprétation.. Aussi on peut affirmer sans crainte « que, chez les Romains, la stipulation était la règle, et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception ». [1] S'agissait-il en effet de faire naître un rapport juridique particulièrement délicat ? de donner naissance par exemple à une obligation corréale, de cautionner une dette ou d'adjoindre au créancier principal un créancier accessoire ? c'était toujours la stipulation qui réalisait cet office et les noms divers qu'elle recevait dans chacune de ces opérations, les dénominations particulières de « sponsio », de « fidepromissió », de « fidejussio » ou d' « adstipulatio » ne distinguaient au fond que les moda-

[1] P. Gide, op. cit., I, chap II, p. 20.

lités diverses d'un même formalisme, que les espèces variées d'un genre de contrat propre à réaliser une infinité de combinaisons juridiques.

Aussi, vers la fin de la République, lorsque les praticiens romains voulurent, sous l'influence des besoins nouveaux que nous avons signalés plus haut, donner naissance à des formules solennelles capables à la fois d'éteindre une obligation et d'en créer une nouvelle, il est naturel de penser que les avantages pratiques de la stipulation s'imposèrent immédiatement à leur esprit. Et de fait les plus anciennes traces de novations nous montrent cette institution réalisée « verbis » dès l'origine des temps où nous avons la preuve certaine de son existence, et on peut même affirmer que la formule novatoire fut presque toujours verbale jusqu'à la fin du droit romain. Il était d'ailleurs souvent difficile de déterminer exactement si certaines formules étaient affectées ou non d'un caractère novatoire ; bien souvent les prudents hésitaient sur la question et leurs réponses embarrassées, leur continuel « si hoc actum est » ou « si id actum sit, ut novetur obligatio », étaient, autant que la divergence de leurs doctrines, la meilleure preuve de l'absence de critérium certain permettant de distinguer la stipulation novatoire d'autres stipulations presque identiques en la forme, mais qui ne novaient pas. Nous trouvons un écho de ces difficultés dans l' « adjectio sponsoris ». Le droit romain primitif, dont le formalisme rigoureux avait pour résultat de faire regarder comme éteinte toute obligation qui s'écartait des modalités solennelles dont on l'avait affectée à sa naissance, considérait naturellement le cautionnement comme entraînant novation de l'obligation que l'on voulait garantir. Et telle était encore au I^er^ et au II^e^ siècle l'opinion de l'école Sabinienne soutenue

par Gaius ; [1] mais le jurisconsulte avait soin d'ajouter que les « auteurs de l'autre école », c'est-à-dire les Proculiens, ne considéraient pas comme entraînant novation l'adjonction ou la suppression d'une caution, [2] et la divergence des deux écoles de jurisconsultes prouve surabondamment qu'entre les formules opérant novation et celles ne produisant pas cet effet, la différence était plutôt une question d'interprétation qu'une question de forme.

Il semble bien néanmoins que toutes les fois qu'un individu promettait un objet déjà dû, « id quod debetur », il y avait novation, tandis qu'au contraire ce phénomène juridique ne se produisait pas si on se contentait de garantir une obligation existante sans apporter un changement intrinsèque au rapport contractuel déjà formé entre le créancier et le débiteur principal. [3] Que si maintenant un débiteur promettait à son créancier une nouvelle prestation qui, dans l'esprit des parties, ne devait aucunement supprimer la dette antérieurement contractée, il n'y avait pas non plus novation de l'obligation ancienne. Rien n'empêchait en effet le même débiteur de s'engager deux ou plusieurs fois envers le même créancier. Il n'y avait novation que si les parties faisaient en sorte que le contenu de la première obligation passe dans l'obligation nouvelle. Si elles ne voulaient pas produire ce résultat, si elles avaient seulement l'intention de superposer une nouvelle obligation à une obligation déjà existante, alors les deux rapports contractuels conservaient une existence

[1] Comm , III, 177.

[2] « Sed quod de sponsore dixi, non constat : nam diversae scholae auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractationem ».

[3] P. Gide, op. cit., chap. III, pp. 112 et 113.

indépendante, et le débiteur, qui avait promis deux fois, était tenu de deux obligations différentes. Tel était le résultat exprimé par Ulpien : « dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio : cæterum, si non hoc agatur, duæ erunt obligationes ». [1] Quoiqu'il en soit tout le monde était d'accord pour reconnaître aux formules suivantes la puissance novatoire : le créancier originaire disait-il par exemple à son débiteur : « Quod tu mihi debes, id primis calendis martiis dari spondes ? », disait-il à son nouveau débiteur : « Quod Titius mihi debet, id dari spondes ? » ou bien encore le nouveau créancier disait-il au débiteur originaire : « Quod tu Seio debes, id mihi dari spondes ? », dans tous ces cas il y avait stipulation solennelle d'un objet déjà dû, « stipulatio prioris debiti », et cela suffisait pour que la novation fût valablement réalisée.

III

Mais la question la plus importante qui se pose au sujet des conditions d'existence et de validité de la novation est la question de savoir si cette institution pouvait emprunter pour sa réalisation une autre forme que la stipulation. La réponse affirmative ne semble faire aucun doute : elle ressort clairement des principes et des textes et jamais, soit chez les prudents, soit chez les anciens commentateurs, on ne trouve trace d'une discussion à ce sujet. Cependant, une doctrine contemporaine, due aux travaux du jurisconsulte allemand Salpius et constamment admise de nos jours, attribue à la seule stipulation le pouvoir d'engendrer une

[1] D , XLVI, II, de Nov. et Deleg , 2, in fine,

novation véritable, conforme à l'idée que s'en faisaient les Romains : la novation ne pourrait se réaliser que « verbis », sa solennité particulière ne pourrait pas s'écarter des formes rigoureuses de la stipulation, et le fait de nover au moyen d'une autre forme, notamment au moyen du contrat « litteris », constituerait dans la doctrine de Salpius « une hypothèse pleinement incroyable », suivant l'expression du jurisconsulte Witte. [1] Cette doctrine a fortement influencé les théoriciens modernes de la novation romaine : M. Gide l'admet sans conteste et consacre de longs développements à l'impossibilité juridique de nover au sens propre du mot au moyen d'une « expensilatio » ; [2] Accarias refuse également au contrat « litteris » la puissance d'emporter novation et affirme que l'on ne peut nover « que par un procédé déterminé, par la stipulation » ; [3] enfin la même opinion est enseignée de nos jours par la plupart des romanistes et a été adoptée en particulier par M. May [4] et par M. C. T. Tatovici dans l'introduction de sa thèse sur l'Evolution de la Novation, [5] dans un sens plus restreint.

Cependant, malgré le succès de la doctrine de Salpius et, il faut bien le dire, malgré les arguments très sérieux apportés par ce jurisconsulte, nous ne pensons pas que la novation soit restée enfermée pendant toute la durée du droit romain dans le domaine étroit et exclusif de la stipulation. Nous croyons au contraire qu'elle a souvent

[1] Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1866, 8, 2, p. 178.

[2] Op. Cit., II, II, pp. 208 à 216.

[3] Op. cit. p. 537.

[4] Eléments de Droit Romain, 15me édit. p. 444.

[5] Paris, 1908.

emprunté les formes d'un autre contrat verbal, la « dictio dotis », et qu'elle a trouvé en outre une application courante, souvent même obligatoire, dans le contrat « litteris ». Le résultat novatoire de la « dictio dotis » nous est attesté clairement par un texte d'Ulpien dans lequel le jurisconsulte nous dit que cette forme particulière du contrat « verbis » pouvait être employée seulement par la femme qui se mariait, par son débiteur ou par ses ascendants paternels. [1] Or, si sur le « jussus » de la femme, son débiteur s'engage envers son futur mari à titre de constituant de dot, il n'y a pas de doute que nous nous trouvons bien ici en présence d'une véritable novation par changement de créancier : le débiteur originaire a en effet promis au mari ce qu'il devait à la femme. A côté de la stipulation, la « dictio dotis » est donc considérée à bon droit par les jurisconsultes comme pouvant produire un effet novatoire.

A notre sens, le contrat « litteris » pouvait également produire cet effet et voici les raisons qui nous font adopter cette solution. Nous remarquons d'abord que la définition d'Ulpien au Digeste [2] n'implique pas forcément que la novation ait lieu toujours et obligatoirement « verbis ». Le jurisconsulte se borne en effet à nous dire qu'il y a novation lorsque l'objet d'une dette préexistante est transporté dans une obligation nouvelle soit civile soit naturelle. D'une part la généralité de ces termes laisse supposer que chaque fois que ce résultat se produisait il y avait novation, sans que l'on ait besoin de se demander à la suite de quelle opération ce phénomène juridique s'était réalisé,

[1] « Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat institutus, parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus ». (Regulæ, VI, 2).

[2] XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, princ.

et d'autre part, si la stipulation avait été la forme indispensable à l'existence de toute novation, Ulpien n'aurait pas manqué de faire ressortir cette exigence dans un texte où il se proposait de résumer les éléments les plus caractéristiques de la formule novatoire. Il est vrai qu'au paragraphe 1 du même fragment le jurisconsulte ajoute : « Qualiscunque igitur obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest », et par là il semble indiquer que la forme verbale était la seule qui ait eu la puissance d'emporter novation ; mais, énumérant dans la phrase précédente les sources d'obligations qui pouvaient être ainsi novées au moyen de paroles solennelles, il mentionne seulement les obligations nées « verbis », « re » ou « consensu ». Le silence d'Ulpien à l'égard des obligations « litteris » prouve que ces obligations ne pouvaient pas être novées « verbis » et cela est rigoureusement conforme aux principes généraux qui régissent le contrat littéral. Supposons en effet que Primus, avec le consentement de Secundus, mentionne à l' « expensum » de son « codex accepti et expensi » qu'il a versé à ce dernier la somme de mille sesterces à titre de prêt ; par le simple jeu de cette mention littérale, Secundus deviendra débiteur de mille sesterces envers Primus. Si maintenant Primus, sur la demande de Secundus, accepte de changer de débiteur et de devenir créancier de Tertius, il utilisera le procédé suivant : il mentionnera à l' « acceptum » de son « codex » qu'il a reçu les mille sesterces de Secundus et il inscrira ensuite à l' « expensum » un prêt fictif de mille sesterces soi-disant consenti à Tertius, afin que ce dernier soit désormais tenu envers lui. Si, pour l'engagement du nouveau débiteur, on peut admettre à la rigueur que Primus utilise une stipulation, on est bien forcé de reconnaître que, pour la libération du débiteur originaire, il est obligé de porter une mention à

l' « acceptum » de son « codex » ; sans cela le livre de caisse ne serait pas exact puisqu'il continuerait à mentionner au débit de Secundus une dette dont il n'est plus tenu et puisque rien n'y constaterait la libération du même Secundus. Il semble donc bien que la novation d'une obligation « litteris » ne pouvait obligatoirement se faire que « litteris » ; si on avait voulu réaliser verbalement cette opération, on se serait heurté à une impossibilité matérielle absolue.

Or, comme n'importe quelle autre obligation, l'obligation « litteris » pouvait être novée ; Ulpien nous dit lui-même : « Omnes res transire in novationem possunt ; quodcunque enim verbis contractum est, sive non verbis, novari potest... » [1] et il est inutile d'apporter à ce principe une exception que le célèbre jurisconsulte n'y apporte nullement lui-même. D'autre part la nature même du contrat « litteris » démontre clairement que l'on pouvait utiliser sa forme pour un grand nombre de combinaisons juridiques, pourvu qu'elles se réfèrent à des sommes d'argent déterminées et qu'elles ne soient pas affectées d'une condition ; en particulier, Gaius nous apprend que le contrat « litteris » servait notamment à constater sur le « codex » des dettes déjà formées en vertu d'une cause quelconque [2] ou bien à mettre un nouveau débiteur à la place d'un débiteur ancien ; [3] comme nous le démontrerons plus loin, il faut voir là de véritables cas de novation et partant la preuve que la pratique romaine de la fin de la République et des premiers siècles de l'Empire connaissait, à côté des obligations novées au moyen de paroles

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg. 2.

[2] Comm., III, 129.

[3] Comm., III, 130.

solennelles, d'autres obligations qui ne pouvaient être novées, et qui n'étaient novées en fait, qu'au moyen d'une formule littérale. D'ailleurs, si l'on s'en tenait rigoureusement au principe « Qualiscunque obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest », et si l'on admettait dès lors la possibilité de nover une obligation « litteris » au moyen d'un contrat verbal, on voit tout de suite que cela constituerait une véritable atteinte à la règle du parallélisme. Or, c'est justement à l'époque où le contrat « litteris » était le plus couramment employé que la règle du parallélisme faisait encore sentir toute la rigueur de ses effets dans la législation romaine. Le principe « quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt », qui resta en vigueur jusque vers le milieu du Ier siècle après J.-C., pense Mommsen, tout au moins jusqu'aux dernières années de la République, pense M. Girard, [1] se serait absolument opposé à ce qu'une obligation née « litteris » ait pu s'éteindre autrement que « litteris ». Par conséquent, si on voulait nover une obligation littérale au moyen d'une stipulation, on ne se heurtait pas seulement à l'impossibilité de fait que nous avons signalée, on se heurtait aussi à un des principes les plus rationnels et les plus repectés de l'ancien droit contractuel romain.

Mais ici une objection fort grave se présente immédiatement à l'esprit : comment se fait-il que nulle part on ne trouve trace de novations réalisées au moyen du contrat « litteris » ? comment se fait-il que les textes latins ne séparent jamais la novation de la stipulation ? comment se fait-il enfin qu'ils ne fassent jamais allusion à aucune autre forme de nover ? Dès le IIe siècle, Gaius ne parle que de novations verbales et, comme le remarque très

[1] Op. cit., liv. III, IVme part., tit. III, pp. 725 et 726, note 1.

bien M. Gide, ce jurisconsulte « traite en détail du contrat « litteris » sans dire un mot de la novation ; plus loin il traite en détail de la novation sans dire un mot du contrat « litteris ». [1] Les Institutes font comme l'auteur des Commentaires : dans le court paragraphe qu'elles consacrent à la novation [2] elles supposent continuellement cette institution réalisée au moyen d'une stipulation et ne parlent nulle part de la possibilité de nover différemment. Il en est de même au Digeste : dès les premières lignes du titre « de Novationibus et Delegationibus », Ulpien pose le principe que n'importe quelle obligation peut être novée « verbis » ; il passe sous silence les autres formes novatoires et le titre tout entier ne les mentionne pas non plus ; partout nous voyons la novation réalisée au moyen d'une stipulation, nulle part nous ne voyons une autre forme entraîner un résultat novatoire. Mais alors Salpius et M. Gide ont raison ? le jurisconsulte allemand peut poser le principe que, seule, la stipulation peut emporter novation [3] et le jurisconsulte français fait bien de soutenir que l' « expensilatio » ne peut opérer une novation proprement dite.[4] Telle est la conclusion logique qui semble se dégager du silence des textes.

Nous ne pensons pas toutefois que cette conclusion soit conforme à la réalité des faits : nous croyons au contraire que le contrat « litteris » pouvait engendrer une novation véritable, et pour nous le défaut de mention de cette forme parmi les modes susceptibles de produire un effet novatoire trouve une explication suffisante dans l'évolution

[1] Op cit., II, II, p 209.

[2] III, XXIX, quib. mod. oblig toll., 3.

[3] Op. cit., IIme part., chap. 1er, paragr. 26.

[4] Op. cit., introduct., p. 13.

subie à Rome par les contrats formels. Le vieux contrat du droit primitif, le « nexum », tombé en désuétude dès le début du Ve siècle de Rome, avait laissé le champ libre à deux autres formes solennelles de contracter, la forme « verbis » et la forme « litteris ». Le premier de ces contrats, à cause de son étendue d'application et de ses avantages pratiques, ne cessa jamais de constituer le mode normal de s'obliger ou de se libérer, et jusqu'à la fin du droit romain il continua à subsister, n'ayant reçu au cours des siècles que de légères modifications tenant à l'abandon progressif du formalisme antique. Le contrat « litteris » n'eut pas un sort aussi heureux : son application, restreinte subjectivement aux seuls citoyens et objectivement aux seules opérations portant sur des espèces monnayées, le rendit de bonne heure d'une pratique peu courante, et dès les premiers siècles de l'Empire il était déjà en désuétude. Aussi les prudents nous disent peu de chose sur ce contrat ; Gaius est même le seul jurisconsulte qui en parle spécialement [1] et, si nous voulons des exemples concrets d'obligations contractées « litteris », nous sommes obligés de les chercher dans quelques rares écrits de Cicéron, en particulier dans le « Pro Roscio comœdo », ou bien dans un recueil d'anecdotes composé sous Tibère par Valère-Maxime, les « Factorum dictorumque memorabilium libri IX ». Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner que nous ne trouvions dans les textes des prudents aucune trace de novations réalisées au moyen du contrat « litteris » : les jurisconsultes romains qui ne consacraient aucun développement à ce contrat considéré en lui-même, n'en parlaient naturellement pas dans une de ses applications particulières ; mais cela n'implique nullement qu'à l'épo-

[1] Comm., III, 128 à 134.

que où le contrat littéral florissait, il n'ait pas eu le pouvoir de produire un effet novatoire. Les plus anciens ouvrages de doctrine que nous possédons remontent seulement en effet à l'époque des Sévères, c'est-à-dire au début du IIIe siècle, à un moment où la survivance même du contrat « litteris » est vivement contestée par les auteurs. [1] Nous n'avons qu'un seul ouvrage antérieur à cette époque : ce sont les Commentaires de Gaius, et c'est justement le seul qui consacre au contrat « litteris » un développement particulier. Le jurisconsulte parle encore au présent de ce contrat et par là il atteste sa survivance sous le règne des Antonins ; mais ensuite il cessa complètement d'être utilisé, du moins dans sa forme primitive, et si, à l'époque classique, les prudents font quelquefois allusion aux « nomina transcriptitia » [2] ils ne s'étendent jamais sur cette forme que la pratique de leur temps avait abandonnée. Cependant, de ce que, au IIIe siècle, on n'employait pas plus le contrat « litteris » pour nover que pour engendrer une obligation ordinaire, il nous semble illogique de conclure, comme l'ont fait Salpius et M. Gide, que jamais ce contrat n'a pu servir à réaliser une novation ; à notre sens c'est un bien faible argument que l'on oppose aux principes généraux du droit et à la nature même des « nomina transcriptitia ».. Pourrait-on soutenir aujourd'hui que la mort civile n'a jamais existé dans notre droit parce qu'elle a cessé d'être mentionnée dans nos codes ? ceux qui refusent de reconnaître à l' « expensilatio » le pouvoir d'emporter novation nous paraissent commettre une erreur semblable.

[1] Voir notamment Girard, op. cit., liv. III, IVe part., tit. I, p. 522, note 1

[2] D , II, XIV, de pact., 9, princ ; D., XLIV, VII, de oblig. et act., 38.

On pourrait peut-être nous objecter qu'il n'y a pas seulement au Digeste des textes postérieurs à la disparition du contrat littéral, que le titre même « de novationibus et delegationibus » contient plusieurs fragments de jurisconsultes qui, tels Celse, Julien ou Pomponius, vivaient à une époque où les « nomina transcriptitia » n'avaient pas encore complètement disparu ; et alors, on pourrait nous faire remarquer que ces jurisconsultes ne font aucune allusion aux opérations novatoires réalisées par des « expensilationes », alors que, si on avait pu utiliser ce moyen pour nover, ils n'auraient pas manqué de le signaler. A cela nous répondons que l'usage très restreint du contrat « litteris » à leur époque explique parfaitement qu'ils l'aient passé sous silence dans ses rapports avec la novation ; nous ajoutons aussi que le Digeste, qui renferme seulement une partie minime de leurs œuvres, d'après l'aveu de Justinien lui-même dans sa constitution Δέδωκεν,[1] a fort bien pu passer sous silence des passages qui consacraient les effets novatoires du contrat « litteris », et nous faisons remarquer enfin que tous les textes du « Corpus » qui concernent la novation ont été corrigés et écourtés par les compilateurs byzantins ; Justinien nous dit en effet au début de l'unique constitution qu'il consacre à la novation : « Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris juris ambiguitates resecantes... »[2] Or, parmi les textes ainsi modifiés et parmi les écrits ainsi écourtés par les compilateurs, il est naturel de penser que l'on a supprimé tous les passages faisant allusion à la novation littérale : du moment que l'on voulait simplifier et éclaircir la matière, la première chose à faire, pour atteindre ce

[1] Praefationes Digest., III, ad Magn. Senat., I, in fine.

[2] C., VIII, XLII, de Nov. et Deleg., 8.

résultat, était de dépouiller la novation de toutes ses formes surannées et de ne la considérer que sous la forme, habituelle autrefois, obligatoire à l'époque, d'une stipulation novatoire. Et ce n'est pas seulement à propos de la novation que Justinien a écarté le contrat « litteris », c'est aussi dans le corps entier de ses compilations. Il nous suffira d'en citer un exemple significatif : au début du titre « de obligationibus et actionibus », reproduisant un texte de Gaius tiré du « lib. 2 Aureorum » et consacré à l'énumération des sources contractuelles d'obligations, il supprime manifestement la mention de ce jurisconsulte relative au contrat « litteris » et il dit simplement : « Obligationes ex contractu, aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu ». [1] Or, si nous nous référons au seul ouvrage de Gaius qui nous soit parvenu tout entier, à ses Commentaires, nous voyons au contraire que ce jurisconsulte mentionne formellement le contrat « litteris » au nombre des sources susceptibles d'engendrer conventionnellement une obligation : « Et prius videamus de his quæ ex contractu nascuntur. Harum quatuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu » ; [2] si Gaius mentionne ainsi dans ses Commentaires le contrat « litteris » parmi les quatre sources contractuelles génératrices d'obligations, il n'y a aucun doute qu'il l'a mentionné également au « lib. 2 Aureorum ». Nous avons là une preuve certaine que Justinien a supprimé dans ses compilations tous les textes relatifs au contrat « litteris » ; si, dans ses Institutes, le célèbre empereur consacre encore un texte aux obligations littérales, il le fait uniquement par respect pour la théorie traditionnelle des quatre modes

[1] D., XLIV, VII, de oblig. et act. ; I, I.
[2] Comm., III, 89.

de contracter et en prenant bien soin de nous dire que les « nomina transcriptitia » ne constituent plus de son temps qu'un lointain souvenir. [1]

Nous venons d'expliquer les raisons pour lesquelles les textes romains que nous possédons passent sous silence les novations réalisées « litteris » et nous croyons avoir démontré que rien dans ces textes ne nous autorise à rejeter la possibilité de nover au moyen d'une « expensilatio ». Notre exposé ne serait pas complet si nous ne donnions pas maintenant la preuve directe que les « nomina transcriptitia » entraînaient une novation véritable ; c'est encore dans les Commentaires de Gaius que nous trouvons cette preuve et elle ressort essentiellement du passage suivant : « Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, il est, si Titius te delegaverit mihi ». [2] Gaius étudie dans ce texte deux combinaisons juridiques, les « transcriptitia nomina a re in personam » et les « transcriptitia nomina a persona in personam ». Nous allons essayer de démontrer qu'elles constituent toutes deux de véritables opérations novatoires, malgré la doctrine contraire de Salpius et de M. Gide.

Commentons d'abord la « transcriptio a re in personam » et supposons pour cela que Primus soit créancier de mille sesterces en vertu d'une vente qu'il a consentie à Secun-

[1] « Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur : quæ nomina hodie non sunt in usu ». (III, XXI, de litter. oblig., princ).

[2] Comm., III, 128 à 130.

dus. Le contrat de vente étant un contrat de bonne foi, la créance de Primus est susceptible d'être diminuée par suite de l'appréciation arbitraire du juge ; pour éviter ce danger. Primus pourra s'entendre avec son débiteur à l'effet de remplacer sa créance de bonne foi par une créance de droit strict ne laissant aucun pouvoir d'appréciation au juge. Il pourra obtenir ce résultat au moyen d'une stipulation ou au moyen d'une « transcriptio a re in personam » ; dans ce dernier cas, il portera à l' « acceptum » de son « codex » une entrée en caisse fictive de mille sesterces et il mentionnera à l' « expensum » un prêt fictif de mille sesterces soi-disant consenti à Secundus. A la suite de ce jeu d'écritures, Primus a conservé sa position de créancier et Secundus sa position de débiteur, mais la créance a changé de cause : ce n'est plus en vertu de la vente que Primus poursuivra Secundus, c'est en vertu de la mention portée sur son « codex » ; la « condictio certæ pecuniæ » remplacera l'action « ex vendito », et le contenu de la première obligation ayant passé dans une nouvelle obligation par suite de ce changement de cause, nous pouvons affirmer sans crainte que le « nomen transcriptitium a re in personam » a produit une véritable novation.

Ceux qui pensent que le contrat « litteris » était incapable de nover selon la pure conception du droit romain objectent habituellement qu'il n'y avait pas là une novation véritable, car, disent-ils, cet acte doit se réaliser au moyen d'une opération unique, tandis que, dans les « nomina transcriptitia », on se trouve en présence de deux formules bien distinctes, la première résultant de la mention portée à l' « acceptum », l'autre résultant de la mention portée à l' « expensum ». M. Gide est d'avis que cette dualité de formules constitue la « différence essentielle » qui sépare la « stipulatio debiti », acte simple, de la « trans-

criptio », acte double, et son opinion est partagée par un grand nombre de commentateurs modernes qui considèrent comme lui « que la novation romaine était, de son essence, un acte simple qui ne pouvait se décomposer en deux ». [1] L'opinion de M. Gide nous paraît erronée : il fallait sans aucun doute que la novation soit réalisée au moyen d'un contrat formel, mais rien n'indique que ce contrat devait prendre obligatoirement la forme d'une opération unique. Aucun texte ne fait allusion à cette nécessité, la considérer comme indispensable à l'existence de la novation constitue donc une affirmation purement gratuite, et d'ailleurs, si nous analysons les effets de la « transcriptio a re in personam », nous voyons que ce n'était pas la combinaison de l' « acceptilatio » littérale et de l' « expensilatio » qui produisait une novation ; nous constatons au contraire que, seule, l' « expensilatio » produisait cet effet ; voici à notre sens ce qui en constitue la meilleure des preuves : de même que Primus pouvait faire naître une obligation originaire à la charge de Secundus en portant un prêt fictif à l' « expensum » de son « codex », de même rien ne l'empêchait de nover une créance antérieure à l'aide de la même opération. Il lui aurait suffi pour cela de faire une « expensilatio » mentionnant qu'il prêtait à Secundus la somme que celui-ci lui devait en vertu d'une cause antérieure ; cela aurait suffi pour éteindre l'obligation précédente et pour la remplacer par une obligation nouvelle contractée « litteris ». Mais alors le livre de caisse n'aurait pas été exact : pour la balance des comptes il fallait qu'une rentrée fictive corresponde à la sortie fictive, et c'est pour cela que Primus devait faire une « acceptilatio » destinée à compenser les effets de l' « expensilatio ». Cette « acceptila-

[1] Op. cit., II, II, pp. 212 et 213.

tio » ne constituait donc qu'un artifice de comptabilité et n'avait aucune signification juridique. En admettant même par conséquent qu'on ne puisse nover qu'au moyen d'un « acte simple », on voit que cette exigence était pleinement respectée par les « transcriptitia nomina a re in personam » ; l' « acceptilatio » n'y jouait qu'un simple rôle accessoire : seule l' « expensilatio » avait la puissance d'emporter novation.

Mieux peut-être que la « transcriptio a re in personam », les « transcriptitia nomina a persona in personam » nous donnent le reflet d'une novation véritable. Cette opération se réalise, dit Gaius, si ce que Titius me doit je le porte au débit de Seius, c'est-à-dire si Titius m'a délégué Seius. Là encore l'objet de l'obligation reste toujours le même, mais un nouveau débiteur est mis à la place de l'ancien : il ne s'agit donc plus d'une novation par changement de cause, mais bien d'une novation par changement de débiteur. Et Gaius lui-même nous atteste le résultat novatoire de cette opération : le jurisconsulte termine en effet ainsi le court exposé qu'il consacre à la « transcriptio a persona in personam » : « ... id est, si Titius te delegaverit mihi ». [1] Cette conclusion est formelle ; elle constitue la preuve certaine de l'effet novatoire des « nomina transcriptitia » et, à ce titre, elle donne un démenti formel à la doctrine de Salpius et de M. Gide. Qu'est-ce en effet que la délégation ? Ulpien lui-même nous l'apprend : déléguer, dit en substance le jurisconsulte, c'est donner à votre créancier ou à son ordre un débiteur nouveau qui vous remplacera, « delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit ». [2] Nous allons voir

[1] Comm., III 130, in fine.

[2] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 11, princ.

que cet acte constitue une véritable novation : supposons en effet que Secundus, pour se libérer envers Primus, ordonne à Tertius de s'engager à sa place envers lui, Primus consentant à cette substitution. A la suite de cette opération, Secundus, le déléguant, sera libéré de son obligation envers Primus, le délégataire, exactement comme s'il avait accompli la prestation qu'il devait, « solvit et qui reum delegat » [1] et le délégué, Tertius, sera désormais engagé envers Primus à la place de Secundus. Il y a donc bien là novation par changement de débiteur, et même, si les circonstances faisaient que Tertius, en s'engageant envers Primus, se libère en même temps d'une dette envers Secundus, cette délégation produirait un double effet novatoire : il y aurait d'abord une novation par changement de créancier, puisque Tertius serait désormais tenu envers Primus au lieu de l'être envers Secundus ; il y aurait ensuite une novation par changement de débiteur, puisque Primus ne serait plus créancier de Secundus mais deviendrait désormais créancier de Tertius. Comme on le voit, malgré l'opinion contraire de plusieurs auteurs considérables, la délégation constitue essentiellement une des espèces de la novation ; en rattachant à cette institution l'une des formes les plus usuelles du contrat « litteris », Gaius nous donne par là même la preuve irréfragable que les « transcriptitia nomina » engendraient une novation véritable ; le manuscrit de Vérone, retrouvé par miracle, nous découvre une vérité fondamentale que les commentateurs anciens avaient déjà déduite des principes généraux du droit.

La plus grave objection que l'on puisse apporter aux conséquences de cette affirmation de Gaius est sans con-

[1] D., XVI, I, ad S. C. Vell., 8, 3.

tredit la suivante : si la délégation constitue toujours une novation, peut-on dire, il est hors de doute qu'effectivement on peut nover au moyen du contrat « litteris » ; Gaius est formel sur ce point et il serait vain de nier l'évidence qui ressort de son texte ; mais si la délégation n'entraîne pas forcément un résultat novatoire, si elle évolue dans un domaine particulier, indépendant du domaine de la novation, alors, déduire du texte de Gaius que le « nomen transcriptitium » se traduit en définitive par une novation véritable, c'est faire dire au jurisconsulte ce qu'il n'a peut-être jamais pensé, c'est tout au moins étendre arbitrairement les conséquences qui découlent du texte. Ces objections n'ont pas manqué d'être soulevées par les adversaires de la doctrine classique ; ils se sont efforcés de séparer la délégation de la novation et de démontrer que si la deuxième institution pouvait exister indépendamment de la première, celle-ci pouvait également se mouvoir en dehors du domaine de celle-là. Salpius consacre à cette démonstration de la différence entre la novation et la délégation toute l'introduction de son traité sur la « Novation und Delegation nach römischem Recht » et il a tellement étendu les conséquences de sa théorie que M. Gide lui-même reconnaît que « l'ingénieux auteur a poussé jusqu'à l'exagération la réaction contre l'ancienne doctrine et remplacé parfois les erreurs anciennes par des erreurs nouvelles ». [1] Plus rationnellement M. Gide s'efforce de démontrer qu'il peut y avoir délégation sans novation, et voici un exemple qui, d'après lui, confirme nettement sa doctrine : si Secundus délègue Tertius à Primus, cela n'implique pas forcément que Secundus soit débiteur de Primus et que Tertius soit débiteur de Secundus. L'opération

[1] Op. cit., IV, chap. 1er, p. 381, note 1.

peut être réalisée par exemple de la part de Secundus pour faire une donation à Primus et de la part de Tertius pour faire une donation à Secundus ; dans ce cas on voit bien que la délégation n'éteint aucune obligation antérieure et que, par conséquent, elle ne constitue nullement une novation. M. Gide croit ensuite trouver une deuxième différence entre les deux institutions ; elle résulterait de ce que la novation serait avant tout un acte solennel dont le contenu pourrait varier à l'infini, mais dont la forme devrait toujours être verbale, tandis que la délégation ne serait au fond qu'une opération intentionnelle qui pourrait se réaliser aussi bien au moyen du contrat littéral, comme le dit Gaius, [1] qu'au moyen de la stipulation ou de la « litiscontestatio », comme le dit Ulpien. [2]

S'il est relativement facile d'attaquer ce dernier argument, dans lequel M. Gide commet une véritable pétition de principe en affirmant, ce qui est justement l'objet de la discussion, que la novation se distingue de la délégation en tant qu'elle ne peut se réaliser qu'au moyen du contrat verbal, il faut toutefois reconnaître que le premier argument est d'une logique rigoureuse. La novation se caractérise essentiellement par le fait qu'elle éteint une obligation préexistante, et si certaines délégations ne produisent pas cet effet, c'est que l'existence de cette institution n'est pas liée intimement à l'existence de la novation ; dès lors le principe qui découle de la conclusion de Gaius laisse planer un doute : peut-être le jurisconsulte n'assimile-t-il pas dans son texte la délégation à la novation, peut-être même fait-il exprès de ne pas mentionner formellement cette dernière institution dans un exposé consacré au contrat « litteris » ; alors le texte de Gaius ne nous

[1] Comm., III, 130
[2] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., II, 1.

donne plus la preuve certaine que ce contrat pouvait servir à nover, il nous apprend seulement qu'il pouvait servir à réaliser une institution similaire.

A cela nous répondons sans hésiter qu'à Rome la délégation, et toutes les délégations, n'étaient que des espèces de novations. Même dans l'exemple donné par M. Gide il est facile de déduire deux effets novatoires : si Secundus délègue Tertius à Primus dans le but de faire une donation à ce dernier, c'est pour exécuter sous cette forme la donation qu'il lui a consentie, et si Tertius consent à s'engager envers Primus, c'est également pour se libérer envers Secundus de son obligation de donner. La délégation aboutit donc toujours à l'extinction d'une ou de plusieurs obligations, tout au plus le fait-elle quelquefois d'une manière peu sensible : ainsi, dans notre exemple, l'exécution des obligations de Secundus et de Tertius étant corrélative à leur formation, seule une analyse approfondie permet de découvrir la double extinction réalisée par la délégation ; cependant, en définitive, on ne peut garder aucun doute sur le résultat à la fois extinctif et créateur de l'opération considérée dans son ensemble ; l'engagement de Tertius envers Primus a remplacé deux obligations préexistantes ; dès lors, comme les anciens commentateurs, nous pouvons ériger en principe absolu la vieille règle vainement combattue par Salpius : « in delegatione semper inest novatio ».

D'ailleurs, l'opinion de M. Gide serait-elle exacte, pourrait-il y avoir effectivement des délégations qui ne produiraient pas un effet novatoire, le texte de Gaius n'en serait pas moins significatif. Non seulement il est tout à fait improbable que le jurisconsulte ait voulu viser quelques rares délégations qui pourraient soi-disant ne pas emporter novation, mais encore les termes formels de son texte ne laissent le champ libre à aucune espèce de doute. Le juris-

consulte dit : « ... si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero » ; il se place donc formellement dans l'hypothèse d'une obligation déjà née à la charge de Titius et qui s'éteint par la naissance d'une obligation nouvelle née à la charge d'un autre individu au moyen de la « transcriptio » ; par conséquent, en rattachant cette opération juridique à la délégation, il ne peut que viser la délégation normale du droit romain, celle qui éteint toujours un rapport contractuel, celle qui en éteint souvent plusieurs, celle en un mot qui produit toujours un effet novatoire, et dans ce texte original, exempt des corrections et des coupures des compilateurs byzantins, nous trouvons la preuve irréfutable de la possibilité de nover au moyen du contrat « litteris ».

En résumé, dans le problème si délicat des conditions de forme de la novation romaine, nous croyons qu'il est possible de dégager des textes trois principes fondamentaux : la novation ne peut se réaliser au moyen d'un pacte et exige toujours une forme solennelle ; cette forme solennelle est constituée dans l'immense majorité des cas par un contrat verbal ; mais rien n'empêche le contrat littéral d'engendrer lui aussi une novation véritable.

CHAPITRE III

L'identité d'objet et l'élément nouveau que suppose la novation

§ 1. — Le principe d'identité d'objet

Les commentateurs modernes mentionnent habituellement dans l'exposé des conditions d'existence et de validité de la novation romaine deux exigences dont la première est passée sous silence par les prudents, mais ressort clairement des principes du droit, et dont la seconde fait l'objet d'une mention spéciale dans les textes romains consacrés à la formule novatoire. La première de ces conditions consiste en ce que l'objet de l'obligation créée doit être rigoureusement le même que celui de l'obligation éteinte, et la deuxième résulte de ce qu'il ne peut y avoir novation véritable que si un élément nouveau est apporté à l'obligation nouvelle, de façon qu'elle ne soit pas absolument identique à l'obligation ancienne.

Mais d'où vient ce principe d'identité d'objet qui interdisait aux parties de nover en stipulant autre chose que l'objet d'une obligation antérieurement contractée ? nous pensons que c'est dans le caractère religieux du très ancien droit et dans la solennité rituelle des formules qu'il faut

chercher la source de ce principe. Les premiers Romains qui ne semblent avoir fait aucune distinction entre le « jus » et le « fas », qui semblent avoir intimement mêlé la législation civile et le droit religieux, nous apparaissent toujours comme ayant sanctionné à l'origine l'engagement par le serment et le contrat par une attestation divine. Le premier contrat que nous rencontrons, le « nexum », se caractérise avant tout par la « nuncupatio » du créancier, par ce discours prononcé dans toutes les opérations « per æs et libram » par celui qui aliénait les espèces ou faisait semblant de les aliéner, et quel était le caractère essentiel de cette « nuncupatio » ? c'était justement un appel à la vengeance divine, une « damnatio », au cas où le débiteur n'accomplirait pas dans toute sa rigueur l'engagement qu'il avait contracté. Il en était de même pour la stipulation qui constitua vraisemblablement à l'origine le seul mode employé pour réaliser des novations ; cette forme particulière du contrat « verbis » n'emprunta d'abord que la forme spéciale et rigoureusement restreinte aux seuls citoyens de la « sponsio », expression dont l'étymologie ne laisse aucun doute sur l'origine religieuse : en effet le mot « spondeum », tiré du grec σπονδεῖον, nous est indiqué par Apulée [1] comme ayant le sens de « vase servant aux libations », et le « de Verborum significatione » de Festus [2] rattache historiquement la « sponsio » aux σπονδαι du droit grec qui se faisaient toujours, nous dit le grammairien, « rebus divinis interpositis ». [3] Or, la partie qui utilisait ainsi des formules rituelles pour s'engager, qui s'obligeait ainsi par devant la divinité à accomplir dans toute son

[1] Metamorphoseon, XI, 20.

[2] Verb. spondere.

[3] Voir en ce sens Girard, op. cit., liv, III, IV[e] part., tit. I, chap. II, p. 509, note 2.

étendue la prestation d'un objet déterminé, aboutissait par cela même à grever cet objet tout entier d'une véritable espèce de servitude religieuse : du moment qu'on avait promis solennellement de le livrer en totalité, on ne pouvait le faire passer pour partie seulement dans le contenu de l'obligation nouvelle ; il fallait que l'objet tout entier soit transféré dans l'obligation qui naissait, sans cela le débiteur n'aurait pas accompli intégralement ce qu'il avait promis et aurait enfreint partiellement une promesse solennellement contractée.

Cette idée nous semble fortement appuyée par le contenu même de toutes les formules qui concernent l'extinction des obligations, et l'on sait que, dans l'esprit des jurisconsultes romains, la novation était considérée avant tout comme « un acte formel extinctif du vieux droit civil », suivant la remarque très juste de Salpius dans un passage que nous avons déjà signalé. Toutes ces formules extinctives donnent le reflet de la même préoccupation, celle d'éteindre dans toute son étendue l'obligation contractée, celle de constater l'exécution intégrale de la prestation promise. Dans la libération « per æs et libram », qui servait à éteindre les obligations nées du « nexum », le débiteur avait bien soin de faire remarquer qu'il payait les espèces dues « depuis la première jusqu'à la dernière » ; Gaius [1] nous apprend en effet que le débiteur terminait ainsi sa « nuncupatio » : « ... hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam ». L'acceptilation, qui éteignait les obligations contractées au moyen du contrat « verbis », reflétait également, quoique d'une manière moins apparente, la même préoccupation. Le débiteur interrogeant le créancier, lui disait : « Quod ego tibi pro-

[1] Comm., III, 174.

misi habesne acceptum ? » et ce dernier répondait : « habeo ». Cette opération extinctive ne laissait le champ libre à aucune libération partielle : elle englobait forcément tout le contenu de l'obligation que l'on se proposait d'éteindre, et le créancier qui disait à son débiteur : « j'ai reçu ce que tu m'as promis », le libérait par cela même de tout ce qu'il avait promis puisque l'interrogation qu'on lui faisait et sa réponse affirmative ne pouvait essentiellement comporter aucune restriction.

Les avantages de précision et de clarté de ces formules solennelles de libération les firent subsister dans la pratique romaine après même que le droit civil se fut dégagé de toute empreinte religieuse. Désormais le débiteur ne les utilisa plus pour écarter la « damnatio » prononcée contre lui ou pour prendre à témoin la divinité qu'il avait accompli l'engagement contracté devant elle ; il les utilisa parce qu'elles englobaient tout le contenu de son obligation et parce qu'elles ne permettaient pas que l'on remît en question la survivance d'une portion quelconque, si minime soit-elle, de sa dette. Or, lorsque les jurisconsultes des derniers siècles de la République inventèrent les formules novatoires, puissantes à la fois pour détruire les obligations et pour leur donner naissance, on sait que les avantages pratiques du contrat « verbis » s'imposèrent immédiatement à leur doctrine. Dès lors, comme l'effet extinctif de l'acceptilation englobait tout l'objet de l'obligation que l'on voulait éteindre, et comme les formules novatoires n'étaient au fond qu'un mode simplificateur condensant dans une opération unique une acceptilation suivie d'une stipulation, on fut naturellement amené à appliquer à la novation une règle qui était de l'essence même de l'acceptilation et on exigea, tacitement il est vrai, mais sans que les

principes et les textes puissent autoriser une opinion contraire, que la novation éteignît dans toute son étendue l'obligation contractée. Enfin, par le fait même qu'il n'y avait novation que si l'objet de la dette ancienne était transporté dans la dette nouvelle, et par le fait que l'effet extinctif de cette opération portait sur le contenu tout entier de l'obligation précédente, on fut naturellement obligé d'admettre que l'effet créateur porterait lui aussi sur la totalité de l'objet dû ; de la sorte, dans le cadre nouveau apporté à l'obligation ancienne par la formule novatoire, un élément de fond continuait à conserver son individualité : c'était l'objet qui devait rester toujours le même dans l'obligation qui disparaissait et dans celle qui naissait.

Quoiqu'il en soit de ces origines, et aussi loin que l'on remonte dans le droit de la novation, on voit les formules novatoires impliquer nécessairement le principe d'identité d'objet : le débiteur originaire ou le débiteur nouveau promettent toujours « id quod debetur », le créancier nouveau stipule toujours « id quod alio debetur », presque toujours la présence du pronom « id » caractérise la stipulation qui emporte novation. Or, ce pronom « id » avait une signification générale et indivisible : il ne comportait aucune restriction et s'appliquait intégralement à l'objet tout entier de la dette antérieure ; si le nouveau créancier disait au débiteur originaire : « Quod tu Seio debes, id mihi dari spondes ? », sa question visait nettement l'objet même de la créance de Seius dans toute son étendue et ne pouvait essentiellement donner lieu à aucune interprétation partielle. Il n'en était pas de même si le débiteur avait simplement promis « idem », si par exemple Primus, après avoir stipulé une somme d'argent de Secundus, avait ensuite stipulé en ces termes de Tertius : « Quod mihi Secundus

spopondit, idem spondesne ? » ; dans ce dernier cas, le mot « idem » n'aurait visé qu'une prestation équivalente à celle de Secundus, il n'aurait pas visé l'objet même de cette prestation, et, dans l'esprit des parties, cette stipulation complémentaire aurait simplement abouti à placer un nouveau débiteur à côté de l'ancien, à cautionner la dette principale et à la garantir au lieu de la détruire. Stipuler « idem », c'était stipuler simplement l'équivalent de l'objet dû ; stipuler « id », c'était au contraire stipuler cet objet lui-même, c'était le dépouiller tout entier de son cadre ancien et le transporter tout entier dans un cadre nouveau.

Le principe d'identité d'objet continua à subsister jusqu'à la fin du droit romain. Au IIe siècle, Gaius le considère tacitement comme une condition indispensable à l'existence de toute novation ; analysant en effet la portée de cet acte il note ainsi le résultat final de l'opération « ... et prima (obligatio) tollitur translata in posteriorem. [1] Sous les Sévères, Ulpien se montre encore plus explicite ; dans sa célèbre définition de la novation il considère avant tout cette institution comme la « prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio », et son opinion est appuyée par toutes les formes concrètes de novations que nous trouvons dans les textes ; Paul est particulièrement formel sur ce point : à propos de deux individus qui se sont associés et qui, après avoir fait un pacte à l'effet de mettre en commun les bénéfices qu'ils pourraient réaliser, ont ensuite stipulé entre eux ces mêmes bénéfices dans les termes suivants : « haec ita dari, fieri spondes ? », il nous dit que s'ils ont voulu faire

[1] Comm., III, 176.

une novation, ils ne pourront plus utiliser désormais l'action « pro socio », et cela parce que « tout l'objet » de la précédente obligation semble avoir été transporté dans la deuxième obligation née de la stipulation. [1] Ainsi, on maintint dans le droit classique une règle que le formalisme antique avait naturellement inspirée et on ne cessa pas de considérer la novation comme un acte essentiellement destiné à supprimer une dette préexistante en faisant passer tout son contenu dans une obligation nouvelle.

Il ne faudrait pas croire cependant que la stipulation novatoire se soit toujours appliquée à l'unique objet d'une obligation antérieure. On pouvait au contraire nover le contenu de plusieurs dettes au moyen d'une seule formule ; Gaius reconnaissait la pleine efficacité d'une stipulation conçue en ces termes : « Quod Titium et Seium mihi dare oportet, id dari spondes ? », et pour ce jurisconsulte, quelles que fussent les diversités de causes qui aient donné naissance à chacune des dettes originaires, cela ne les empêchait pas d'être toutes novées au moyen d'une stipulation unique. [2] Cette doctrine était rigoureusement exacte et respectait pleinement le principe d'identité d'objet ; le fait que l'objet de l'obligation qui naissait devait être le même que celui de l'obligation qui disparaissait n'impliquait nullement qu'à chaque obligation devait forcément correspondre une novation particulière. Il ne faut pas oublier qu'en

[1] « ... futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur ». (D., XVII, II, pro soc., 71, princ).

[2] « ... licet enim ex diversis causis singuli fuerant obligati, utrique tamen novationis jure liberantur : cum utriusque obligatio in unius personam, a quo nunc stipulemur, confluat ». (D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 34, 2).

droit romain c'était toujours l'élément formel qui jouait le rôle principal ; le fond du contrat se pliait seulement aux modalités de la forme ; si on insérait plusieurs obligations dans le contenu d'une même formule, chacune d'elles se trouvait affectée des modifications générales que les parties leur avaient imposées au moyen d'une solennité unique. Cela explique pourquoi un créancier pouvait nover plusieurs créances au moyen d'une seule stipulation, de la même façon qu'un débiteur pouvait s'acquitter de plusieurs dettes en effectuant un payement général qui éteignait chacune d'elles.

Que si maintenant un créancier stipulait l'un ou l'autre des objets qui lui étaient dûs, si Mœvius stipulait par exemple de Tertius « decem, quæ Titius debet, aut decem, quæ Seius debet », la question donnait lieu à de sérieuses difficultés, et les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur les effets de cette stipulation. La doctrine de Marcellus, rapportée par Ulpien, admettait qu'aucune des deux obligations précédentes n'était novée, et pour donner quand même un sens à la stipulation de Mœvius, elle se contentait de donner une solution bâtarde : elle laissait le nouveau promettant juge de décider laquelle des deux obligations se trouverait novée en lui permettant de désigner celle qu'il s'engageait à éteindre. [1] Cette opinion était également celle de Celse, et l'auteur des « Digesta » l'appuyait sur cette idée que, dans l'esprit des parties, la stipulation avait été simplement faite pour que le débiteur nouveau accomplît l'une ou l'autre des prestations originaires :

[1] « Si decem, quæ mihi Titius debet, aut decem, quæ Seius debet, a Tertio stipulatus fuero : putat Marcellus neutrum liberari, sed Tertium eligere posse, pro quo decem solvere velit ». (L., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 8, 4).

« ... fingamus autem ita actum, ut alterutrum daret ». [1] La doctrine contraire de Paul nous paraît plus logique et plus conforme à l'esprit du principe d'identité d'objet. A la suite du Proculien Neratius, Paul admettait en effet qu'au cas où un créancier stipulerait l'un ou l'autre de deux objets, les deux obligations se trouveraient novées, et cela parce que l'une et l'autre auraient été déduites dans la stipulation novatoire. [2] Cette doctrine tenait mieux compte que la précédente de la puissance extinctive de la formule novatoire ; elle constitue une preuve certaine de l'importance relativement minime que les prudents attribuaient au contenu de la stipulation à côté de celle qu'ils attribuaient au cadre formel du contrat. A l'époque classique il y avait encore un élément plus puissant que l'intention des parties, c'était la forme solennelle dans laquelle elles avaient inséré leur convention ; il suffisait qu'une obligation ait été mentionnée à un titre quelconque dans une formule novatoire pour que son objet se trouve immédiatement transporté dans le contenu d'une obligation nouvelle.

Mais que se produisait-il si le créancier d'un objet stipulait ensuite une partie de cet objet, si par exemple le titulaire d'une servitude d' « actus » sur le fonds Cornélien stipulait ensuite une servitude d' « iter » sur ce même fonds ? ou encore si l'usufruitier d'un domaine stipulait ensuite l' « usus » de ce domaine ? Les jurisconsultes étaient d'accord pour refuser à la deuxième stipulation toute portée efficace : « Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit », dit Julien. [3] « ... Item

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 26.

[2] « ... quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem ». (D., XLVI, II, de Nov. et Deleg , 32).

[3] D., XLV, I, de verb. oblig., 58.

usumfructum stipulatus, si usum stipuletur, nihil agit », dit Ulpien. [1] Cette doctrine constitue encore une preuve certaine de la nécessité pour la deuxième obligation d'avoir le même objet que celle qu'elle remplaçait : s'il n'en avait pas été ainsi, on aurait parfaitement pu admettre qu'une quote-part de l'objet dû se serait trouvée déduite dans la stipulation novatoire, tandis que l'autre portion de l'objet aurait continué à rester due en vertu de la cause antérieure. Si on refusait ainsi à l'objet d'une dette le pouvoir de se scinder en deux pour passer en partie dans une dette nouvelle, cela tenait à ce qu'il devait être déduit tout entier dans la stipulation novatoire, cela tenait à ce que le contenu de la deuxième obligation devait comprendre tout le contenu de la première. D'autre part on ne pouvait pas nover en stipulant au delà de ce qui était dû. Si par exemple, après avoir stipulé un char on stipulait ensuite « ce char et son attelage », il n'y avait pas novation, il y avait deux stipulations successives. En effet, la deuxième stipulation reproduisait d'abord purement et simplement la promesse d'un objet déjà dû, et nous savons que cette promesse n'ajoutait rien à la première en vertu du principe : « Qui bis idem promittit, is eo jure amplius quam semel non tenetur » ; [2] ensuite elle mentionnait une prestation nouvelle qui n'avait pas été promise antérieurement et qui dès lors ne pouvait faire l'objet d'une « translatio » dans le contenu de la seconde stipulation. Suivant la juste remarque d'Ulpien, on se trouvait là en présence d'autant de stipulations qu'il y avait d'objets différents : « totque esse stipulationes, quot species sunt » [3] et le jurisconsulte pouvait ration-

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 9, 2.

[2] D., XLV, I, de verb. oblig., 18.

[3] D., XLV, I, de verb. oblig., 29, princ.

nellement conclure : « ... non fiat novatio : sed efficit duas esse stipulationes ». Il résulte de tout ceci que l'on ne pouvait pas plus nover en ajoutant quelque chose à l'objet de la dette antérieure qu'en retranchant quelque chose de cet objet.

Ainsi, le principe d'identité d'objet se déduit tacitement de l'analyse des textes et si les jurisconsultes romains ne le mentionnent pas expressément dans leurs exposés des conditions d'existence et de validité de la novation, cela tient vraisemblablement à ce qu'ils jugeaient inutile d'exposer cette nécessité, tant elle paraissait évidente pour la réalisation même de l'opération novatoire et conforme aux idées que l'on se faisait à Rome de cette institution. Mais ce silence eut de fâcheuses conséquences : si quelques commentateurs arrivèrent à dégager le principe d'identité d'objet grâce à une interprétation approfondie des écrits des prudents, si nous lisons par exemple dans la Glose : « Mutatio rei debitæ novationem non fecit », [1] il n'en est pas moins vrai que nombre de romanistes ne soupçonnèrent jamais la nécessité de ce principe pour la validité de la novation romaine. C'est ainsi qu'à la fin du XVI[e] siècle Sebastianus Medices n'y fait aucune allusion dans son « Tractatus de Novationibus » et pendant longtemps on passa sous silence cette règle qu'une profonde analyse pouvait seule révéler. Aujourd'hui, grâce aux travaux du jurisconsulte allemand Liebe, [2] cette doctrine s'est imposée à tous ; elle a été particulièrement admise en France par Accarias, [3] par M. Gide [4] et par M. Girard, [5] de sorte que

[1] Tom. III, p. 1111. ad leg. Novatio.
[2] Die Stipulation und das einfache Versprechen, pp. 138 et 338.
[3] Op. cit., II, p. 538. n° 692.
[4] Op. cit., I, chap. IV.
[5] Op. cit., liv. III, IV° part, tit. III, sect. I, paragr. 2.

l'on admet généralement qu'il ne pouvait y avoir novation véritable à Rome que si l'objet de la stipulation novatoire était identique à celui de l'obligation qu'elle éteignait. Nous étudierons plus loin les modifications que Justinien apporta à ce principe et le rôle important qu'il attribua à ce sujet à l'intention des parties.

§ 2. — Nécessité d'un élément nouveau

A côté de cet élément ancien qui s'imposait ainsi à l'existence de toute opération novatoire, il fallait un élément nouveau qui différenciât cette opération du rapport contractuel qu'elle se proposait d'anéantir. Cette nécessité était de l'essence même de la novation : Ulpien nous apprend que c'est elle qui lui a donné son nom : [1] et les jurisconsultes la mentionnent formellement comme une condition indispensable à la validité de toute novation : « Sed si eadem persona sit a qua postea stipuler », nous dit Gaius, « ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit. [2] Près de cinq siècles plus tard les Institutes reproduisirent en termes identiques ce passage du célèbre jurisconsulte et, comme lui, elles ne mentionnèrent explicitement la nécessité d'un « aliquid novi » que si la novation avait lieu « inter easdem personas », entre les parties déjà liées par l'obligation antérieure. Que si au contraire la novation se faisait « inter novas personas », entre des parties nouvelles, point n'était besoin de souligner la nécessité d'un élément nouveau, car alors il résultait du fait qu'un créancier nouveau succédait aux droits d'un créancier ancien

[1] « Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione ». (D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., I, princ.).

[2] Comm., III, 177.

ou du fait qu'un débiteur nouveau promettait ce qu'un débiteur ancien avait déjà promis.

Quelquefois ce double résultat se produisait simultanément et cela constituait essentiellement la délégation proprement dite du droit romain, cette délégation que les prudents associaient intimement à la novation et que les compilateurs ont étudiée au Digeste sous le même titre que cette dernière institution. La délégation se caractérisait avant tout par un double mandat : le délégant donnait mandat au délégué de s'engager envers le délégataire et donnait mandat au délégataire de stipuler du délégué ce que ce dernier lui devait. L'opération aboutissait ainsi à éteindre deux dettes : elle supprimait l'obligation du délégué envers le délégant et l'obligation du délégant envers le délégataire. Dès lors un double changement se produisait : le délégué était désormais débiteur du délégataire au lieu de l'être du délégant et le délégataire était désormais créancier du délégué au lieu de l'être du délégant. Une seule dette remplaçait deux obligations antérieures et par là on évitait l'inutile complication d'un double déplacement de fonds. Lorsqu'à la place de ce double résultat on se trouvait en présence d'un simple changement de débiteur et que le débiteur nouveau s'engageait sans le « jussus » du débiteur ancien, sans mandat ni invitation d'aucune sorte de sa part, on se trouvait en présence d'une autre combinaison, l' « expromissio », dont les effets étaient plus simples que ceux de la délégation, mais dont la terminologie ne semble pas avoir eu un sens bien déterminé dans l'esprit des prudents. Ils n'employaient pas en effet cette expression pour désigner seulement celui qui s'engageait volontairement à la place d'un débiteur ancien ; ils l'employaient aussi pour désigner d'autres individus qui jouaient un rôle différent,

pour désigner par exemple celui qui novait sa propre obligation [1] ou celui qui plaidait au nom d'autrui. [2]

Mais qu'il y ait délégation ou qu'il y ait « expromissio », qu'il y ait novation par changement de créancier ou novation par changement de débiteur, que le nouveau débiteur s'engage sur l'ordre de l'ancien ou qu'il s'engage de sa propre autorité, il y avait toujours la présence d'un personnage nouveau qui venait modifier les termes de l'obligation ancienne, et cette addition d'un individu qui venait s'adjoindre au rapport contractuel préexistant constituait à elle seule l' « aliquid novi » de la novation « inter novas personas », l'élément nouveau qui était indispensable à l'existence même de toute opération novatoire. Lorsque la novation avait lieu « inter easdem personas », entre les parties qui se trouvaient déjà liées par l'obligation précédente, le changement pouvait résulter à l'époque classique de n'importe quelle modification apportée à cette obligation, mais il fallait que ces modifications ne portent pas seulement sur « l'un des accessoires de l'obligation », [3] il fallait, suivant l'opinion de la majorité des prudents, qu'elles portent sur l'obligation considérée en elle-même ; à cette condition expresse, la novation pouvait résulter de n'importe quel changement, notamment d'un changement de cause, de l'adjonction d'un terme ou d'une condition, de la suppression de l'une ou l'autre de ces modalités, ou encore, suivant une certaine doctrine, de l'adjonction ou de la suppression d'un « sponsor ». Si aucune difficulté ne se présentait au sujet de la novation par changement de cause, qui se produisait lorsque l'objet d'une obligation

[1] D., XIV, VI, de S. C. Mac., 20.
[2] D., L, XVII, de reg. jur., 110, 1.
[3] Accarias, op. cit., II, n° 695-3°.

quelconque était déduit dans le contenu d'une stipulation, [1] dans le contenu d'une « dictio dotis » [2] ou dans le contenu d'une obligation littérale, [3] si aucune difficulté ne se présentait non plus au cas d'adjonction ou de suppression d'un terme, modification qui novait toujours lorsqu'elle ne résultait pas d'un simple pacte mais d'un contrat solennel, en revanche il y eut à Rome de graves divergences de doctrine au sujet des novations résultant d'une « adjectio aut detractio sponsoris » et des novations résultant d'une « adjectio aut detractio conditionis ».

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que l'adjonction ou la suppression d'une caution était appréciée de façon différente par les Sabiniens et par les Proculiens. Les premiers, dont l'opinion était partagée par Gaius, [4] la considéraient comme entraînant un résultat novatoire, probablement en vertu de l'idée primitive selon laquelle toute obligation, qui s'écartait de ses modalités originaires, était considérée comme éteinte ; les seconds refusaient au contraire au cautionnement le pouvoir d'emporter novation, et, suivant M. Gide, [5] cela tiendrait à ce que les disciples de Proculus considéraient que la promesse du « sponsor » venait simplement s'ajouter à l'obligation principale et ne la remplaçait pas ; dès lors, les deux obligations subsistant côte à côte, on ne pouvait pas dire que l'une avait été éteinte par la naissance simultanée de l'autre, et il n'y avait pas novation. Nous ne pensons pas que ce soit cette doctrine qui ait inspiré les Proculiens et nous lui préférons une

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 8, 1.
[2] Ulpien, Reg. VI, 2.
[3] Gaius, Comm , III, 129.
[4] Comm., III, 177.
[5] Op. cit., I, chap. III, pp. 112 et 113.

deuxième opinion, faiblement combattue par Accarias, [1] qui tient beaucoup mieux compte que la précédente des modifications apportées à l'obligation antérieure par l'adjonction ou par la suppression d'une caution. On sait que, avant la fin du VI[e] siècle de Rome, la loi Publilia, dont la date exacte est inconnue, vint donner au seul « sponsor » une précieuse garantie qui lui assurait une protection efficace : lorsqu'il avait payé le créancier et que le débiteur principal ne l'avait pas remboursé dans le délai de six mois, on lui accordait une action « depensi » qu'il exerçait au moyen d'une « manus injectio pro judicato » ; de la sorte l' « adjectio sponsoris » avait pour résultat de rendre plus rigoureuse l'obligation du débiteur principal et la « detractio sponsoris » diminuait l'étendue du droit de poursuite que l'on pouvait exercer contre lui. Dès lors l'obligation principale se trouvait de ce fait profondément modifiée et il est naturel que la doctrine ancienne l'ait considérée comme novée. Les Sabiniens continuèrent à respecter cette doctrine et Gaius, un de leurs derniers représentants, l'adopta à son tour, mais cette idée ne put satisfaire l'esprit novateur des Proculiens. Ils s'aperçurent bien vite que la promesse du « sponsor » avait perdu depuis longtemps les effets énergiques qu'elle entraînait au début, que depuis la loi Ælbutia la suppression de la « manus injectio » de la loi Publilia et son remplacement par une action au double contre le débiteur qui niait injustement sa dette aboutissait simplement à assurer la répression de la mauvaise foi du débiteur dans des circonstances exceptionnelles où il refuserait de rembourser à la caution ce qu'elle avait payé pour son compte. Et ce fut cette simple

[1] Op. cit., II, p. 546, note 2.

constatation de l'influence de moins en moins importante produite par la promesse du « sponsor » sur la situation du débiteur principal qui amena les Proculiens à décider qu'il ne pourrait y avoir novation au moyen d'un simple « adjectio aut detractio sponsoris ». Mais cette doctrine ne put triompher définitivement ; Justinien ayant admis qu'il suffirait pour nover d'une modification quelconque apportée à l'obligation, cette modification portât-elle seulement sur l'un de ses accessoires, on considéra naturellement que l'adjonction ou la suppression d'une caution produirait normalement un effet novatoire ; aussi l'empereur byzantin n'eut plus qu'à paraphraser les Commentaires de Gaius, [1] en remplaçant la dénomination étroite de « sponsor » par la dénomination plus générale de « fidejussor », pour revenir à une doctrine, inspirée il est vrai par une idée différente, mais qui n'en répondait pas moins à l'esprit de sa législation. [2]

Quant à l'adjonction ou la suppression d'une condition, ces modifications soulevaient deux principales dfficultés . on se demandait d'abord si la stipulation conditionnelle d'un objet déjà dû opérait immédiatement novation ; on recherchait ensuite si, au cas de défaillance de la condition, le créancier originaire continuait à pouvoir exercer l'action qui sanctionnait son ancienne créance. Dans les dernières années de la République, Servius Sulpicius avait résolu la première question dans un sens affirmatif et la deuxième dans un sens négatif. Gaius nous apprend en

[1] III, 177.

[2] « Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit si quid in posteriore stipulatione novi sit : forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur », (Inst., III, XXIX, quib. mod. oblig. toll., 3, in med.).

effet que, au cas de stipulation conditionnelle d'un objet déjà dû purement et simplement, le vieux jurisconsulte avait décidé que la première obligation se trouverait immédiatement novée et perdrait désormais tous ses effets juridiques, de sorte que, si la condition venait à défaillir, le créancier originaire perdrait tous ses droits, puisqu'il ne pourrait plus agir en vertu de sa première créance à tout jamais éteinte et puisque la condition qui affectait l'existence de la nouvelle obligation ne s'était pas réalisée : « Servius tamen Sulpicius existimavit, statim et pendente conditione novationem fieri, et si defecerit conditio, ex neutra causa agi posse, eo modo rem perire ». [1] L'opinion de Servius Sulpicius était d'une logique rigoureuse : du moment que le contenu d'une première obligation avait été déduit dans une stipulation nouvelle, du moment qu'il y avait eu « stipulatio prioris debiti », toutes les conditions nécessaires à l'existence d'une novation se trouvaient réalisées : il y avait bien remplacement d'une obligation antérieure par une autre obligation qui venait se substituer à elle et, ce remplacement s'opérant au moyen d'une forme solennelle, on attribuait naturellement à l'opération la puissance d'engendrer un effet novatoire.

Mais comment se fait-il que cette solution si logique ne se soit pas imposée à la doctrine classique ? Que Gaius, après avoir exposé la doctrine de Servius Sulpicius, la déclare ensuite abandonnée de son temps ? Qu'Ulpien enfin érige en principe la proposition suivante : « Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio : sed tunc demum, cum conditio extiterit » ? [2] Ce revirement de doctrine tire vraisemblablement

[1] Comm., III, 179.
[2] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 14, princ.

son origine des modifications subies par le droit de la novation entre les origines de cette institution et l'époque des prudents. Antérieurement, à un moment où le jeu tout puissant de la formule créait à lui seul le rapport juridique, à un moment où la volonté des parties se bornait à choisir telle ou telle formule déterminée dont elle escomptait à l'avance les effets, on avait naturellement décidé que la stipulation d'un objet déjà dû, fût-elle conditionnelle, ne donnât-elle même naissance à aucune obligation, engendrerait forcément un effet novatoire. A l'époque classique cette opinion s'était peu à peu amoindrie et on soutint en conséquence qu'il n'y aurait novation que si l'opération considérée dans son ensemble attestait en définitive un résultat novatoire. Or, que remarquait-on au cas de stipulation conditionnelle d'un objet déjà dû ? ou bien la condition défaillait et alors aucune obligation ne venait en droit strict remplacer la précédente, et il n'y avait dès lors aucune novation ; ou bien la condition se réalisait et alors il y avait novation puisqu'une obligation nouvelle venait remplacer l'obligation ancienne. C'était donc désormais au seul hasard que l'on se référait pour savoir s'il y aurait ou non novation et, en définitive, on accepta cette doctrine parce qu'on la trouvait conforme à l'intention des parties : en stipulant conditionnellement l'objet d'une dette préexistante, on voulait soumettre en effet l'obligation pure et simple à un événement de réalisation douteuse et substituer une chance à une certitude. Pour respecter cette intention on fut bien obligé de porter atteinte à la rigueur des anciens principes, d'admettre que la « stipulatio prioris debiti » n'emporterait pas novation, si la condition dont on l'avait affectée ne se réalisait pas. Et si, utilisant malgré tout les règles du vieux droit civil, le créancier vou-

lait quand même intenter son action originaire, on jugeait que cela violait les accords intervenus et on donnait au défendeur le moyen d'une «exceptio pacti » pour repousser sa prétention injuste. Gaius apporta une exception maladroite à ce principe. Il décida en effet que la stipulation conditionnelle réalisée « inter novas personas » ne pourrait pas donner lieu en pareil cas à une « exceptio pacti », pensant probablement à tort que l'intention des parties avait été de maintenir l'existence de la première obligation au cas où la deuxième ne prendrait pas naissance. [1]

---

[1] « Si sub conditione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet : an deficiente conditione, si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoveri ? et magis est, exceptionem non esse opponendam » (D., II, XIV, de pact , 30, 2).

CHAPITRE IV

Les réformes de Justinien

I

Dans toute législation, si formaliste soit-elle, le contrat ne constitue au fond que le signe extérieur de la volonté des parties, l'acte au moyen duquel elles expriment publiquement et définitivement les accords déjà arrêtés dans leur esprit, et même, si des formules particulières, rigoureusement déterminées par le droit, s'imposent à chacun des phénomènes de la vie juridique, si ces formules produisent obligatoirement des effets dont les conséquences peuvent ne pas avoir été envisagées par les contractants et aboutir ainsi à heurter quelquefois le sentiment intime de leur volonté, on ne peut pas conclure de là qu'elles constituent des actes absolument dépourvus de tout élément intentionnel. Il est en effet un point sur lequel la volonté des parties est naturellement toute puissante et ce point est justement d'une extrême importance, puisque de lui dépendra désormais tout l'avenir du contrat, ses conséquences

juridiques, l'action qui le sanctionnera, la forme même qu'il faudra employer pour l'éteindre ; nous avons fait allusion à l'entière liberté qui appartient aux parties de choisir, parmi toutes les formules, celle qu'elles jugent répondre le mieux à la réalisation de leur convention. Si Tertius promet par exemple à Primus ce que lui doit Secundus, ce peut être avec l'intention de cautionner le débiteur principal, et les parties choisiront alors la formule de l' « adpromissio » : « idem spondesne ? », ce peut être aussi pour jouer le rôle de « correus debendi », et alors Tertius répondra en même temps que Secundus à l'interrogation de Primus ; ce peut être enfin pour libérer Secundus et s'engager à sa place, et alors les parties vont utiliser la formule novatoire : « Quod Secundus mihi debet, id dari spondes ? » L'adoption de l'une de ces formules à la place de telle autre résultait d'une délibération antérieure au cours de laquelle les parties avaient escompté à l'avance les conséquences de leur choix : elles avaient prévu que la formule de l' « adpromissio » garantirait l'obligation principale, que la réponse simultanée de Secundus et de Tertius à l'interrogation de Primus produirait une corréalité passive, que la formule novatoire supprimerait l'obligation de Secundus en faisant naître à sa place une obligation nouvelle à la charge de Tertius. A la suite de cette délibération la volonté des parties se manifestait librement pour le choix de la formule, mais, dans l'ancien droit romain, son rôle n'allait pas plus loin : une fois que la solennité particulière du contrat avait été accomplie, une fois par exemple que les « verba solemnia » de la formule novatoire avaient été prononcés, la volonté des parties disparaissait en quelque sorte et c'était la loi seule qui régissait désormais les conséquences de l'acte.

On conçoit tout de suite qu'un tel système ne laissait à l'élément intentionnel qu'une place tout à fait insuffisante. Sans doute, le choix de la formule résultait le plus souvent, comme nous l'avons vu, d'une délibération raisonnée, et de tout temps, même aux époques les plus reculées de la législation romaine, on avait admis que la simple prononciation d'une formule, dépourvue de tout élément intentionnel ne produirait aucun effet. Les « verba solemnia », prononcés par un acteur dans une pièce de théâtre, répétés machinalement par un enfant ou lancés inconsciemment par un fou, ne donnaient pas plus naissance à un rapport contractuel que si l'on n'avait rien dit. Mais si les parties utilisaient une formule avec un semblant de volonté consciente, si elles utilisaient, même sans songer à la gravité de ses effets, la solennité libératoire de la novation, si Tertius s'engageait par exemple à payer à Primus ce que lui devait Secundus en répondant « spondeo » à la question : « Quod Secundus mihi debet, id dari spondes ? », alors, même si son intention avait été simplement de cautionner Secundus ou de s'engager à côté de lui sans le libérer, les effets mécaniques de la formule novatoire dépassaient les bornes de sa volonté et il se trouvait seul engagé au lieu et place de l'ancien débiteur. En pareil cas, les parties avaient mal choisi leur formule, les effets du contrat se déroulaient désormais hors du domaine qu'elles avaient assigné à leur convention ; elles payaient lourdement les conséquences d'une erreur involontaire ou d'une ignorance juridique souvent fort excusable. Dans ces conditions, il ne pouvait être question d'intention de nover proprement dite, d' « animus novandi » : il n'y avait en effet novation que si l'on avait utilisé une formule novatoire, eût-on même employé cette formule sans se rendre compte à l'avance des résultats qu'elle produirait.

Les commentateurs modernes font ordinairement remonter à l'époque des Sévères les premières tentatives de réaction contre cet état de choses, et pour eux, au IIe siècle encore, le droit de la novation aurait continué à être dépourvu de tout élément intentionnel. « L'intention de nover », dit M. Gide, « indispensable au temps de Justinien, était indifférente au temps de Gaius », [1] et Salpius se montre encore plus affirmatif quand il soutient « que les écrits antérieurs à Papinien et parlant d' « animus novandi » », ou bien concernant des stipulations novatoires que l'on a simplement voulu opposer à des stipulations « in abstracto » n'ayant aucun rapport avec la novation, ou bien ont été interpolés par les compilateurs ». [2] La lecture superficielle du passage des Commentaires de Gaius qui concerne la novation semble au premier abord confirmer cette conception : on n'y voit nulle part employée l'expression formelle d' « animus novandi » et aucune allusion à l'intention novatoire des parties ne s'y trouve exprimée. Si cependant on analyse le texte plus profondément, on voit au contraire qu'à l'époque de Gaius on tenait déjà le plus grand compte de la volonté des parties. Le jurisconsulte, parlant de l'adjonction d'une condition à un rapport de droit pur et simple, nous dit d'abord qu'il n'y aura novation que si la condition se réalise et il ajoute ensuite que, dans le cas contraire, la première obligation continuera à subsister, non sans que l'on accorde toutefois une exception de pacte ou de dol au débiteur originaire poursuivi en vertu de cette obligation. Et sur quoi Gaius appuie-t-il cette solution d'équité ? justement sur le fait que l'intention des parties paraît avoir été de subordonner la prestation de

[1] Op. cit., I, chap. V, 1° sect., p. 152.
[2] Op. cit, 2e part., chap. I, paragr. 32.

l'objet dû à la réalisation de la condition. [1] Cet exemple prouve bien qu'au IIe siècle on s'efforçait déjà de faire prévaloir en notre matière la volonté des contractants sur la rigueur des principes du droit : la première obligation n'avait pas cessé d'exister, la condition à laquelle sa novation était subordonnée ne s'étant pas réalisée, et pourtant on arrivait en fait à la dépouiller de tout effet utile pour respecter dans toute la mesure du possible le résultat que les parties semblaient avoir voulu atteindre.

Les jurisconsultes du IIIe siècle ne firent que suivre la voie que le droit antérieur leur avait déjà tracée et plus encore que leurs devanciers ils furent obligés de tenir compte de l'intention des parties; en effet, à l'époque où ils vivaient, les formules avaient beaucoup perdu de leur importance ; l'existence de la novation, facile à prouver dans l'ancien droit, à un moment où l'on considérait que cette institution ne se réalisait et ne pouvait obligatoirement se réaliser que si l'on employait une formule adéquate, l'existence de la novation, disons-nous, était devenue dans le droit classique beaucoup plus difficile à déterminer ; c'est que, dans cette période, on pouvait utiliser n'importe quelle forme pour nover, à condition toutefois que ce fût une forme solennelle, et la formule novatoire proprement dite était le plus souvent négligée ; dans ces conditions, la détermination juridique de l'opération considérée dans son ensemble devenait une simple question d'interprétation de la volonté des parties. Cela explique pourquoi les jurisconsultes, analysant des cas d'espèce où l'on hésitait à voir des novations, nous disent continuellement qu'il y a seulement novation si l'on fait en sorte que l'obligation soit

1 « ... et videtur inter eos id actum ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit conditio ». (Comm., III, 179).

novée, « si hoc agatur, ut novetur obligatio ». [1] Un certain nombre de textes semblent même laisser supposer que, dès l'époque classique, l' « animus novandi » aurait été considéré comme une condition nécessaire et suffisante à l'existence de toute novation, mais l'insistance maladroite avec laquelle les compilateurs appuient sur cette expression légitime toutes les suspicions : dans le court passage constitué au titre « de novationibus et delegationibus » du Digeste par les lois 22 à 31, on voit les mots « novandi animo » employés à six reprises différentes sous les rubriques successives de Paul, de Pomponius, de Celse, de Papinien et de Venuleius, et l'attribution de cette expression à des jurisconsultes si divers par leur époque et leur doctrine constitue une preuve très sérieuse d'interpolation. Justinien a vraisemblablement remanié ces textes pour les mettre d'accord avec sa législation et il nous faut voir là un exemple de ces modifications apportées aux écrits originaux des prudents par l'empereur byzantin « pour corriger les vices de la novation et simplifier en la matière le ambiguïtés du vieux droit ».

Il n'en reste pas moins vrai que la recherche de l'intention des parties devait être à l'époque classique le seul moyen possible de déterminer l'existence certaine de la novation : ce que l'on ne pouvait plus trouver dans la forme solennelle de l'acte, il fallait le rechercher dans les circonstances extérieures qui l'avaient accompagné. C'est ainsi que les jurisconsultes classiques furent amenés à établir un certain nombre de présomptions desquelles ils déduisirent dans chaque cas l'existence ou la non-existence d'une novation. Seulement ces présomptions n'étaient pas les

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg , 2 ; 6, princ.; 8, 1 et 2 ; D , XLV, II, de duob. reis const., 3, princ.

mêmes chez tous les jurisconsultes, de nombreuses divergences séparaient leur doctrine, de sorte que telle stipulation, considérée par les uns comme ayant la puissance d'emporter novation, était considérée par les autres comme étant incapable de produire cet effet. [1] En voulant tenir compte de l'intention des parties les prudents n'avaient fait que compliquer une situation juridique autrefois fort claire ; dépouillée d'un formalisme, incompatible il est vrai avec l'esprit de toute législation supérieure qui s'efforce de faire prédominer l'élément subjectif du contrat sur la forme matérielle de l'acte, mais qui lui assurait néanmoins de gros avantages de précision en supprimant toute espèce de doute sur son existence réelle, la novation était devenue une institution incertaine, soumise aux divergences de la doctrine et à l'appréciation hasardeuse de la jurisprudence. Un tel système présentait de multiples inconvénients : il laissait subsister dans la doctrine une incertitude indigne de l'esprit de précision des jurisconsultes romains et il amenait dans la pratique de nombreux procès qu'une législation plus précise aurait sans nul doute évités. Ces inconvénients ne firent que grandir lorsqu'en 469 l'empereur Léon Ier le Grand vint supprimer la nécessité d'employer des paroles solennelles dans les multiples formes du contrat « verbis ». [2] Désormais, puisque la novation ne pouvait se déduire que de l'intention des parties, l'intérêt du droit exigeait que l'on sache exactement à quel signe certain on pourrait reconnaître cette intention, à quelle forme particulière l' « animus novandi » devait être soumis.

[1] « . . per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant ». (Inst., III, XXIX, quib. mod. oblig. toll., 3).

[2] C., VIII, XXXVIII, de contr. et comm. stipul., 10.

La réforme fut accomplie par Justinien et elle marque dans l'histoire de la novation une date décisive, puisqu'elle consacre définitivement en la matière l'abandon de l'ancien formalisme et l'adoption d'un système progressif basé uniquement sur l'intention des contractants. La constitution « novationum nocentia » vint en effet décider qu'au cas où l'on apporterait une modification quelconque à une obligation préexistante, il n'y aurait rien de changé à la première dette, qu'elle continuerait à subsister comme auparavant et que les modifications ultérieures viendraient seulement s'ajouter à elle sans la détruire, à moins que les parties n'indiquent spécialement qu'elles entendent supprimer la première obligation et n'expriment formellement leur intention de remplacer l'obligation antérieure par la nouvelle obligation; [1] en un mot, continue Justinien, nous décidons qu'il y aura désormais novation, non plus en vertu de la loi, mais en vertu seulement de l'intention des parties : « et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum ».

II

Quelle fut la portée exacte de cette réforme ? doit-on considérer la constitution « novationum nocentia » comme créatrice de l' « animus novandi ? » doit-on la considérer tout au moins comme le premier monument qui l'ait élevée au rang d'une condition distincte, indispensable à l'existence et à la validité de toute novation ? La réponse négative ne

[1] « ... nihil penitus priorıs cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere : nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint ». (C., VIII, XLII, de Nov. et Deleg , 8).

fait aucun doute : Justinien n'est pas le créateur de l' « animus novandi » ; les textes classiques, même ceux du IIe siècle, même ceux de Gaius, [1] tiennent le plus grand compte de l'intention novatoire des parties ; Ulpien la considère comme une condition inhérente à la nature même de la novation en posant le principe : « ... novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio » [2] et l'empereur byzantin ne prétend pas d'ailleurs être lui-même le créateur de l' « animus novandi » ; il nous dit au contraire que cet élément existait déjà de longs siècles avant lui. [3] La réforme de Justinien eut seulement pour résultat de faire cesser les controverses antérieures ; on ne savait exactement si telle ou telle modification amenait ou non une novation ; il fallait établir désormais un critérium certain et ce fut là le seul but de la constitution de 530. Telle est l'explication que nous donnent les Institutes : « Ideo nostra processit constitutio quæ apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt ». [4] Le droit byzantin n'avait pas fait au fond une création originale ; seulement, au lieu de faire découler l'intention de nover d'une formule particulière, comme dans l'ancien droit, au lieu de la déduire arbitrairement de certaines circonstances qui accompagnaient le contrat, comme dans le droit classique, il décida qu'il n'y aurait novation que si les parties indiquaient formellement qu'elles voulaient faire cet acte.

[1] Comm., III, 179.

[2] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg., 2

[3] « Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat ». (Inst., III, XXIX quib. mod. oblig. toll., 3.

[4] III, XXIX, quib. mod. oblig. toll , 3.

Mais n'était-ce pas là substituer un formalisme nouveau à un formalisme ancien que l'on voulait éteindre à tout jamais ? de même qu'autrefois l'emploi d'une formule novatoire aboutissait toujours à l'anéantissement forcé de l'obligation antérieure, encore que les parties n'aient jamais eu l'intention d'atteindre un tel résultat, de même la constitution de Justinien n'aboutissait-elle pas en fait à écarter tout effet novatoire lorsque les parties, bien qu'ayant eu la volonté de nover, avaient omis par mégarde de le déclarer formellement ? Un certain nombre de commentateurs, en particuler M. May [1] considèrent qu'il y a là une sorte de « régression vers le formalisme » et, effectivement, la lecture de la constitution « novationum nocentia » semble bien autoriser ce point de vue : en employant les expressions significatives : « ... nisi ipsi specialiter remiserint... et hoc expresserint... », Justinien paraît bien exiger que les parties qui veulent nover prononcent ou écrivent une phrase dans le genre de celle-ci : « nous entendons que la présente convention emporte novation, qu'elle éteigne l'obligation qui nous liait précédemment et qu'elle laisse seulement subsister l'obligation nouvelle que nous avons contractée ». S'il en avait été ainsi, le droit de Justinien aurait plutôt marqué un recul qu'un progrès ; aussi nous ne croyons pas que la constitution de 530 ait obligé les parties à employer des termes formels pour nover ; lorsque Cujas, commentant la loi 58 du titre « de verborum obligationibus » au Digeste nous dit : « ... Hodie tamen ex constitutione Justiniani imperatoris, nunquam satis laudati, necesse est exprimi specialiter et nominatim novationis causa posteriorem interponi... », nous n'hésitons pas à soutenir que le célèbre jurisconsulte a mal interprété l'esprit de la constitu-

[1] Op. cit., n° 199, note 2.

tion de Justinien. En réalité la réforme du droit byzantin doit s'entendre dans le même sens que l'article 1269 du Code Civil italien [1] et dans le même sens que l'article 1273 du Code Civil Français : « La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ». Le texte des deux codes modernes ne fait aucune allusion à la nécessité d'une formule particulière : en obligeant les parties à exprimer leur volonté de nover, Justinien ne leur imposait pas non plus l'emploi d'une formule déterminée; il ne substituait pas une forme nouvelle aux formes qu'il avait abolies ; bien au contraire il supprimait toute intervention de la loi en la matière et faisait de la novation un acte de pure volonté. [2]

Cette réforme principale qui vint modifier profondément le droit de la novation, tel qu'il avait été élaboré par de longs siècles de doctrine et de jurisprudence, eut pour résultat nécessaire d'amener un certain nombre de conséquences secondaires, dont nous allons maintenant déterminer les caractères essentiels. Nous avons vu que la rigueur du formalisme antique aboutissait souvent à heurter l'intention certaine des parties ; une fois qu'elles avaient fait le choix d'une formule et qu'elles avaient inséré leur convention dans son cadre, la loi se substituait aux contractants et réglait seule désormais les conséquences de l'acte ; avait-on voulu nover, et soit par erreur, soit par ignorance, avait-on utilisé une autre formule que la formule novatoire, aucune novation ne se produisait ; à l'inverse, s'était-on servi d'une formule novatoire, sans avoir voulu supprimer

[1] « La novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effetuarla ».

[2] « ... et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum ».

l'obligation précédente et la remplacer par une obligation nouvelle, le formalisme était plus fort que la volonté des parties et la formule emportait novation. Le droit classique avait déjà corrigé dans une certaine mesure la rigueur de ce principe : si deux personnes promettent le même objet, non pas dans le but de nover, mais dans le but de s'engager solidairement, nous dit Ulpien, il n'y a pas à craindre une novation. [1] L'absence d' « animus novandi » s'opposait donc, dès le IIIe siècle, à ce que l'on déduise une novation d'une simple formule, lorsque telle n'avait pas été l'intention des parties, mais la difficulté consistait justement à déterminer cette intention. Aussi Justinien, après avoir supprimé toute discussion quant à l'existence ou à la non-existence de l' « animus novandi » en obligeant les parties à indiquer formellement leur intention de nover, s'efforça naturellement de faire cesser toute controverse au sujet de l'espèce qui nous occupe : si vous contractez sans vouloir nover, dit-il en substance, vous n'avez pas besoin de le spécifier, car je veux qu'il en soit ainsi naturellement sans que vous soyez obligés de l'indiquer expressément. [2]

D'autre part, puisque la novation était devenue une simple question d'intention, point n'était besoin comme autrefois de faire porter l'élément nouveau indispensable à l'existence de cette institution,, l' « aliquid novi », sur le fond même du contrat. On se contentait désormais pour qu'il y ait novation d'une modification quelconque portant sur l'un

[1] « Frusta timetur novatio ». (D., XLV, II, de duob. reis const., 3, princ.).

[2] « Et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος, Græci dicunt) causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire ». (C., VIII, XLII, de Nov. et Deleg., 8, in fine).

des accessoires du rapport du droit principal : si l'on constatait la dette au moyen d'un écrit différent de celui qui la constatait antérieurement, si l'on ajoutait ou si l'on supprimait une caution, si l'on faisait en général n'importe quel acte susceptible d'apporter une modification quelconque à la situation antérieure des parties, il y avait novation à la seule condition que l'on ait eu l'intention de nover. Désormais l'élément subjectif entrait seul en ligne de compte et pour que l'obligation ancienne disparaisse en s'effaçant devant l'obligation nouvelle, il suffisait aux parties d'exprimer formellement leur volonté d'obtenir ce résultat. Enfin, toujours pour la même raison, le droit byzantin admit que l'objet de l'obligation nouvelle n'avait plus besoin d'être absolument identique à celui de l'obligation ancienne. En cela il ne faisait qu'élargir une tendance qui s'était déjà manifestée à l'époque classique et qui avait abouti dans la doctrine de Papinien à reconnaître la validité d'une novation dans laquelle on stipulait seulement la valeur de l'objet dû au lieu de stipuler l'objet lui-même de la dette antérieure. [1] Mais la portée de cette réforme est vivement discutée : on se demande si Justinien a voulu autoriser formellement la novation par changement total d'objet ou s'il a seulement permis de diminuer ou d'augmenter la quantité de la dette antérieure. La deuxième solution nous paraît préférable : aucun texte du Code ne permet en effet la novation par changement total d'objet ; dès lors rien ne nous autorise à affirmer l'existence d'un principe que le droit byzantin a passé sous silence ; d'ailleurs le seul passage d'où l'on a déduit la possibilité de nover en modifiant le contenu de l'obligation antérieure fait seulement allusion à

[1] D., XLVI, II, de Nov. et Deleg , 28.

une différence en plus ou en moins de la quantité due, [1] et il ne semble pas devoir être étendu au delà de ses termes formels.

A l'époque de Justinien la novation s'était presqu'entièrement dégagée des conditions rigoureuses auxquelles le droit ancien avait subordonné son existence. L'opération se réalisait maintenant chaque fois que l'on apportait une modification quelconque à une obligation au moyen d'une stipulation et en indiquant qu'on voulait la nover. Il n'y avait plus qu'un pas à faire, supprimer la nécessité d'une stipulation, pour arriver à la novation purement subjective de la législation moderne.

Vu : Le Doyen,
M. Moreau.

Vu : Le Président,
J. Bry.

Vu et permis d'imprimer.

Aix, le 9 Mai 1925.

Le Recteur : H. Padé.

---

[1] « . . si quis... vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit... » (C., VIII, XLII, de Nov et Deleg., 8).

BIBLIOGRAPHIE

Coviello. — Della successione ne debiti a titolo particolare (Arch. Giuridico, T. 56 et 57).

Gide. — Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain (Paris, 1879).

Gide. — Du caractère de la novation en droit romain (Revue de législation ancienne et moderne, année 1870, p. 113).

Gide. — Du transport des créances en droit romain (Revue de législation ancienne et moderne, année 1874, p. 49).

Gide. — De la délégation en droit romain (Nouvelle revue historique de droit français et étranger, tome II, 1878, p. 509).

Hubert. — De la délégation (thèse, Poitiers, 1899).

Liebe. — Die Stipulation und das einfache Versprechen (Brunswick, 1840).

Merkel. — Der römisch-rechtliche Begriff der Novatio (1892).

Salpius. — Novation und Delegation nach römischem Recht (Berlin, 1864).

Sarrut. — De la novation (thèse, Nancy, 1874).

Sebastianus Medices. — Tractatus de Novationibus et Delegationibus item de Acceptilationibus (Coloniæ Agrippinæ, apud Joannem Gymnicum, sub Monocerote, anno M. D. LXXXVIII, Bibliothèque de la Ville de Marseille, Palais des Beaux-Arts, Sec 20, n° 104-718).

Tatovici. — De l'évolution de la novation (thèse, Paris (1908).

Witte. — Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München, 1866, 8, 2 et 3).

Xardel.— De la novation en droit romain (thèse, Nancy, 1877).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9

CHAPITRE I. — Extinction d'une première obligation et naissance simultanée d'une deuxième. 19

CHAPITRE II. — Les conditions de forme de la novation 39

CHAPITRE III. — L'identité d'objet et l'élément nouveau qui suppose la novation 67

§ 1. — Le principe d'identité d'objet 67

§ 2. — Nécessité d'un élément nouveau 78

CHAPITRE IV. — Les réformes de Justinien... 87